



POR DON ALONSO ÇARÇOSA NARBAEZ,

SOBRINO DEL DOCTOR ALONSO SANCHEZ ÇARÇOSA, CANOnigo Magiſtral de la Sancta Yglesia de Antequera, ſu Curador.

EN EL PLEYTO

CON DON GOMEZ PATIÑO, COMO MARIDO DE Doña Iacoba de Mercado, abſente en Indias: y con Don Baltaſar de Salcedo, Vezino de Antequera.

SOBRE LA POSSESION DEL MAyorazgo, que fundò Chriſtobal de Narbaez Salcedo: de que fue vltimo Poſſeedor Don Fernando Salcedo de Narbaez.

✠

PARA PROCEDER CON TODA CLARIDAD, 1
se partirà este Discurso en tres Articulos; y en cada vno dellos, se tratarà de los fundamentos, y justicia, que cada vno de los dichos tres Litigantes pretende tener para obtener en este Iuyzio possessorio, la possession Iudicial de los bienes del dicho Mayorazgo.

Primus Articulus.



A Iusticia del dicho Don Alonso de Çarçosa, se funda precisamente en el llamamiento expreso, y literal, que tienen en la clausula del 2
Testamento, en que fundò el dicho Christoval de Narbaez Salcedo el dicho Mayorazgo, Diego de Salcedo de Torres su Sobrino, y sus descendientes, hijo legitimo de Doña Mencia de Salcedo Narbaez su Hermana, y Visabuelo del dicho Don Alonso, que es del tenor siguiente.

C L A V S V L A

¶ *Y faltando los descendientes del dicho Iuan de Salcedo Narbaez* 3
mi Hermano, en el grado que lo llamo, y con las dichas calidades, suceda en el dicho Vinculo y Mayorazgo Diego de Salcedo de Torres mi Sobrino, Vezino y Regidor de la dicha Ciudad, hijo legitimo y natural de Antonio de Torres y de Doña Mencia de Salcedo y Narbaez su muger mi hermana, Vezinos della, y sus descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio: prefiriendose siempre el mayor al menor, y el varon a la hembra.

Vnde conforme a este llamamiento, el dicho Don Alonso de 4
Çarçosa viene a ser, y es el inmediato sucessor del dicho Vinculo, y Mayorazgo, y a quien se le transfiriò la possesion civil, y natural por ministerio de las Leyes de Toro, y Partida, por muerte del vltimo posseedor, como descendiente legitimo llamado por el Fundador. Ex Modestino in l. cum ita legatur 33. §. in fidei cōmisso ff. de legato. 2. in illis verbis: *Ad petitionem eius* 5
admitti possunt, qui nominati sunt: Et Gloss. in l. fin. Cod. de verb. significat. secuta communitèr secundum Parisium cons. 21. n. 16. volu. 3. & cons. 38. nu. 4. volum. 2. Et tradunt Covar. lib. 3. practic. c. 38. in principio. Michael Grasus de successionibus tam ex testamento §. fidei cōmissum. q. 16. n. 4. Andreas Faquin. lib. 4. Controv. iuris. c. 85. post princip. Molina de Primogen. l. b. 1.

c.4.n.33. Marcus Anton.Peregri.de fidei commiss.art.21.c.23. vers.1. Don Ioan del Castillo lib.5.Controv.c.93.§.16.nu.18.
5 Geronym.Laurent.Decis.Aveni.37.n.4.& 19. Menochius cós. 1171.n.35. Y que sea Bizniero, y descendiente del dicho Diego
6 de Salcedo de Torres, lo tiene probado concluyentemente el dicho Don Alonso con la distincion, y claridad que se dispone por el Texto in cap. licet ex quadam, el 2. de testibus, ibi: *Clara conputatione singulos gradus distinguant.* Et vltra scribetes docet Mieres de Maioratibus.2.p.q.7.n.58.qui requirit idem in probatione gradus ad succedédum in maioratu.& Parlad.q.14.§.1.n.6. Thomas Sanchez lib.1.de matrim.disp.71.n.11.in fin. Hieronymus Çaballos lib.3.commun.practic.q.778.ex nu.49. Mascardus de probationibus conclu.410.n.26. & concl.1246.nu.9.
6 Porque tiene probado, y es publico, y notorio, que es tal Bisnieto, y descendiente legitimo del dicho Diego de Salcedo de Torres, y Nieto de Don Antonio de Torres y Portugal su hijo; y que su Madre es Doña Luciana de Torres y Narbaez, hija del sussodicho Don Antonio.

7 Con lo qual concurre, que no tiene de presente cótra si otro llamamiento alguno que pueda preceder al suyo. Por dóde viene a ser el mas proximo, immediato, y legitimo sucessor del vltimo posseedor: Addo tradita per Molinam de Primog.lib.3.c.9. Ceballos q.398. Mieres de Maiorat.2.p.q.8. Don Ioan del Castillo lib.3.c.19.n.138.& lib.5.c.67.n.22.& cap.91.n.5: y a quié luego que murió el dicho Don Fernando vltimo posseedor, se le transfirió la possession civil, y natural del dicho Mayorazgo, ex l.45.Tauri. Y al llamamiéto anterior que pretende tener Doña Iacoba, se responde en su lugar.

Secundus Articulus.

8 DON Baltasar de Salcedo, pretendiente de la possesion de los bienes del dicho Mayorazgo, quiere fundar su justicia en otra Clausula de la fundacion del dicho Mayorazgo, que dize assi.

C L A V S V L A.

¶ *Y por primero posseedor al dicho Vinculo, y Mayorazgo, llamo al dicho Don Fernando Salcedo Narbaez mi hijo, para que lo tenga, y possea durante los dias de su vida; los quales los tenga como bienes de su*
9 *Mayorazgo, inagenables, y sugetos a restitucion para siempre jamas; Y de la mesma manera lo han de tener, y posseer sus hijos legitimos, y descédientes,*

dientes, y procreados de legitimo matrimonio: y a falta dellos, lo han de aver sus hijos quales quier que sean, legitimos o no legitimos, para que los sussodichos possean mis bienes, prefiriendose el mayor al menor, y el varon a la hembra, y el legitimo al no legitimo y el natural al que no lo fuere: con tal, que no sea Clerigo, ni Frayle; porque estos, ni sus descendientes no han de poder succeder, &c.

Por lo qual, pretende que tiene llamamiento, aũque sea hijo ilegitimo, y expurio del dicho Don Fernando Salcedo, vltimo posseedor, que lo huvo siendo casado en la Villa de Coyn, por no aver dexado hijo legitimo de legitimo matrimonio, o por lo menos natural, que son los q̃ se le puedẽ preferir. Y para mayor 10
inteligencia de la dicha clausula, es fuerça discurrir por dos pũtos principales, para probar que el dicho Don Baltasar no es, ni puede ser comprehendido debaxo del tenor, y palabras de la dicha clausula, por no ser tal hijo expurio, y adulterino del dicho Don Fernando. Y porque, quando, sin perjuyzio de la verdad, lo fuesse (que se niega) no pudo el dicho Fundador, aũque quisiesse, llamarlo a la succesiõ de los bienes del dicho Mayorazgo.

PRIMERO PVNTO.

LA Exclusion del dicho Don Baltasar consiste en manifestar, y probar, que no es hijo del dicho Don Fernando Salcedo, aunque sea con la calidad de expurio, adulterino, que pretende. Quod suadetur ex eo quia, qui se fundat in filiatione tanquam fundamentũ suæ intentionis debet illam probare: ex certissimis Iuris traditionibus, & colligitur ex Angelo l. liberorum, vbi Glossa ff. de ijs, qui notantur infam. Iason in l. Neque professio Cod. de testam. n. 3. Decio cons. 54. nu. 1. Parisio cõs. 10. n. 28. volum. 2. qui illud etiam intelligit, sive quis agat, sive conveniatur, dum tamẽ asserat se filium esse: & idem repetit. cons. 11. n. 19. eodem volum. Y en terminos de succession de bienes feudales lo alegò Rolando de Valle cons. 22. nu. 3. 12
volum. 3. ibi: *Sed in præsenti dominus Fabius non probauit se talem filium esse, vt asseruit: ergo ad dictorum bonorum feudalium possessionem admitti non potest.* Y lo mesmo observò por regla principal Dominus Don Ioan del Castillo lib. 5. Cõtrov. Iuris c. 104. n. 2. ibi: *Prima itaque obseruatio, siue regula generalis & doctrina sit in hac ipsa materia, filiationem quid facti esse, & ob id non præsumi, sed qui se filium asserit id probare debere, & qualitatem filiationis ostendere; alioquin in iudicio succumbere, siue principalitèr, siue incidentèr: & ita specificè te-*

nuerunt Iacob. Menoch.lib.6.presump.53.n.1.Masca.deprobat.tom.2. concl.786.Pet.Surd.cons.1 ex n.38. Y que el dicho Don Baltasar
14 aya faltado en la observancia desta regla, y que no aya probado como devia, su pretensa filiacion, es cierto, y llano, y se prueba con evidencia: porque se suppone por hecho constante e irrefragable, y que conste por testimonios autenticos, presentados en este Pleyto, que el dicho Don Fernando Salcedo Narbaez, y Doña Mariana de Godoy, su legitima muger, fueron sus Padrinos, y le sacaron de Pila, quando le bautiçarō en la Villa de Coin, en 30. dias del Mes de Enero del Año passado de 1608.

Vnde resultat el averse contraido parentesco espiritual entre los dichos Don Fernando Salcedo, y el dicho Don Balta-
15 sar; Patet enim in iure contrahi cognationem spiritualem inter compatrem & baptizatum per levationem eius ex sacro fonte cap.1.de cognat.spiritua.in 6.cap.de eo.cap. si quis filiastrū 30. q. 1. cap. veniens cum reliquis de cognat. spiritual. cuius decissionis rationem tradit D.Thomas 4.disput. 42.q.1. art.1. quia
16 sicùt per carnalem generationem homo accipit esse naturale, ita per levationem ex sacro fonte in Sacramento Baptismi recipit esse spirituale per modum cuiusdam spiritualis regenerationis, ac nativitatis. Text. in cap. si quis autem 14. cum multis
17 alijs de consecrat. dist.4. Et quemadmodùm in puero duplex est nativitas naturalis prior in vtero, quando in illo adhuc debilis formatur: posterior quando iam roboratus ex vtero in lucem editur. Sic est in homine duplex nativitas spiritualis altera in Baptismo, per quam regeneratur tener, altera in confirmatione, per quam fortis effectus in lucem prodit, vt periculis exponatur: sicût ergo per generationem carnalem contrahitur cognatio naturalis, ita per regenerationem hanc spiritualem in Baptismo factā contrahitur cognatio spiritualis ex institutione Ecclesiæ. Ita etiam sentit Tiraquelus in l. si vnquam C. de revocandis donat. verbo susceperit liberos n. 26. Thomas Sanchez lib.7.de matrimo.impedim.disp.54.n. 2. Quod procedit etiam in filio ex concubina; vt ex Navarro tradit Basilius de matrimonio lib.7.c.40.n.13.

18 Inde etiam deprehenditur, que el Padrino, qui ex sacro fonte suscipit infantem habetur loco patris, & susceptus infans loco filij, vt docuit Innocēt. quem refert Alexander de Nebo in rubrica de cognat. spiritual. n. 6. in illis verbis. *Qualitèr diuidatur ista cognatio spiritualis Innocentius dicit quod diuiditur inter paternitatem & filiationem: paternitas contrahitur inter leuantem & leuatum, filiatio verò*

tio verò e converso inter levatum & levantem. Y por este nombre de 19
hijos vocantur à Divo August. in cap. Vos ante omnia 105. de cō-
secrat. dist. 4. dum eo loci dicit; *Qui filios in baptismo suscepistis, mo-*
neo vt vos cognoscatis fidei iussoris apud Deum stetisse pro illis, quos visi
estis de sacro fonte suscipere. Quem refert Herigius de fide iussori-
bus cap. 18. n. 59. Et ex eodem Augustino probatur idem serm.
106. & colligitur etiam ex D. Thoma 3. p. q. 67. art. 8. *Tertia deni-*
que ratio est, vt expresius referatur generatio spiritualis adhibitis spiri-
tualibus parentibus, parentes enim dicūtur, & suscepti, filij. Et ex alijs
plurimis Conciliorum auctoritatibus confirmat Basilius Ponc.
de Matrim. lib. 7. cap. 37. n. 2. Petr. Surdus de Alimentis tom. 1.
q. 11. n. 6.

Præterea ex superiori resolutione infertur, que los efectos q̄ 20
se causan ex vera & carnali cognatione, proveniunt etiā ex cog-
natione spirituali per susceptionem infantis ex sacro fonte inter
patrem & filium spiritualem: nam ita debet susceptus dili-
gere patrem spiritualem sicut carnalem, cap. ita diligere, & cap.
sequenti. 30. q. 3. Quia non est minor affinitas spiritualis quam 21
carnalis. cap. qui dormierit. 27. q. 2. Rursus quia spiritualis pater
præfertur carnali in exibitione reverentiæ. Idem Surdus dicta
q. 11. n. 9. Cenedo in collectanea. 38. ad Decretum. n. 1. vbi re- 22
fert ita tenere Alex. cons. 143 volu. 2. n. 6. Salcedo ad Bernard.
Diaz in praxi. c. 76. lit. B. Tiraq. supra n. 27. Vlterius quia qui in-
terimit patrem spiritualem non minus est puniendus quam qui 23
carnalem. Ex Plaça de delictis. c. 40. n. 11. Carrerius in praxi. tit.
de homicidio. §. 9. n. 10. Roxas de succes. c. 28. n. 9. Inde sequitur
quod possit necem patris vindicare, & accusare. Iulius Clar. lib.
5. §. fin. q. 14. n. 25. Cenedo supra. nu. 2. Hinc etiam impeditur 24
matrimonium per cognationem spiritualem, sicut per carnalem.
Covarr. in 4. 2. p. c. 6. §. 4. Thomas Sanchez lib. 7. de imped. ma-
trim. disp. 54. n. 3. Basilius Ponc. loco superiori & Cenedo vbi su-
pra. n. 3. plures refert huius assertionis Auctores. Neque vocari
potest pater spiritualis per filium in iudicio sine venia sicut neq;
pater carnalis. Vt ex Baldo, Angelo, Romano, Alexandro, Pau-
lo Castrense, & Iassone in l. Generalitèr ff. de in ius vocando tra-
dit Tiraquelus in dicta l. si vnquam C. de revoc. donat. n. 28. Qui- 25
nimò pater spiritualis tenetur alimenta præstare tali filio spiri-
tuali, vt testatur Tiraquel. supr. n. 3. quem sequitur Petrus Surd.
tit. de alimentis dicta quæst. 11. ex n. 5. vbi dicit: Quod licet Bal- 26
dus loquatur sub dubio in authētico Nisi rogati col. vlt. vers. Sed
tunc ego quæro. Cod. ad Trebelianum: quem sequitur Philippus
Franc.

Franc. in c.1. de cognat. spirituali lib. 6. Barbacia in cap. Raynal. de testam. *Non tamen ex hoc reditur dubia eius doctrina, quia est frequens loquendi mos apud prudentes iuris consultos.* Et probat hanc sententiam tam ex nostris quam ex alijs rationibus & auctoritatibus. Quod maxime procedit quando aliunde spiritualis filius
27 non habet alimenta: vt limitat idem Petr. Surd. dicta q. 11. n. finali. Et in hanc rem expendit idem Tiraquel. dicto n. 31. proditam esse à iure quamdam actionem honorariam ad nutricationem spiritualis filij, si egeat: Benincasius de paupert. q. 7. in 2. speciali iudic. n. 10.

Ex quibus ita adductis & perpensis, se colige con evidencia, q̃ todas las presunciones, y cõjecturas de que se vale el dicho Don
28 Baltasar para probar la filiacion corruunt, & evanescunt omnino per prædictam cognationem & filiationem spiritualem inter ipsum & dictum Don Fernando de Salcedo: mediãte la qual se ha de entender y juzgar, que le hizo los tratamientos, que tiene alegados, como a hijo espiritual, y no como a hijo carnal y natural. Y se prueba con claridad de las observaciones, y doctrinas que de las dichas conjecturas y presunciones infieren los Doctores.

Cõstituitur ergo primo loco cõiectura, quæ provenit ex tractatu & educatione, cum filius domi educatur, & à patre ita tra-
29 ctetur, vt illum filij loco habere videatur. Caso (no confessado) que este tratamiento esté probado por el dicho Don Baltasar, entre otros casos se limita, quando se hizo ex causa pietatis: como lo resuelbe Don Ioan del Castillo lib. 5 controv. iuris. p. 2. c. 104. n. 8. in illis verbis: *Vel causa pietatis tractatus fieret; ita sane ob-*
30 *servat, extendit, atque limitat, & ex professo comprobat Iacob. Menoch. de arbitrarijs lib. 2 casu 89. n. 69. 72. & sequentibus. Vbi vide, & presumptione 53. ex n. 21. vsque ad n. 34. Gabriel Paleot. de nothis & spurris filijs c. 22. nu. 7. 8. & 9. Ioan. Garc. de nobilit. Glossa 20. n. 6. Ioseph. Mascard. de probat. conc. 789.* Y esta limitacion procede llanamẽte en nuestro caso, porque está probada por su parte la indigẽcia y pobreza del dicho Don Baltasar. De donde se infiere, que ex intuitu pietatis & paupertatis, lo criò y tratò el dicho Don Fernando como a hijo espiritual por ser su Padrino y Padre espiri-
31 tual: y a este titulo se debe atribuir en duda el dicho tratamiento y educacion como a causa màs favorable, y no a la filiacion carnal, espuria y adulterina, tan odiosa y reprobada de derecho ex authentico ex complexu C. de incæptis nuptijs. Demas, que el acto, qui fieri potest ex duplici causa, censetur factus ex ea, quæ

ytilior

vtilior sit facienti, vt ex Alex. cons. 55. volu. 5. col. 2. & 3 & Cra-
beta cons. 109. n. 9. refert Petr. Surd. dicto tract. de aliment. tit. 9
q. 16. n. 26. Menoch. de præsump. lib. 3. præsump. 136. nu. 16. Y 32
es sin duda que le es mas vtil al dicho Don Fernando el aver he-
cho la dicha educacion y tratamiento ex causa pietatis & pau-
pertatis, como a hijo espiritual y pobre, que no por respecto de
obligacion de Padre natural, por el grave perjuyzio y daño que
dello le podia sobrevenir en la succesion de sus bienes y hazien-
da; y de los del Mayorazgo del dicho Christoval de Narbaez
Salcedo su Padre en perjuycio de los succesores legitimos, y lla-
mados por el a la succesion del dicho Mayorazgo. Y esto se cō-
firma con la razon que trai Iacobo Menochio lib. 2. de arbitra-
rijs casu 89. n. 76. per hæc verba. *Et est ratio, quia alimenta, quæ in* 33
aliam causam quàm filiationis præstari potuerunt, non adferunt concludē-
tem probationem. Iuxta regulam cap. in præsentia de probat. l. Non hoc
Cod. Vnde cognati.

Altera coiectura, quæ à Doctoribus solet adduci ad proban-
dam filiationem, est illa quæ colligitur à nominatione & confes- 34
sione Patris nominantis aliquem esse suum filium. Sed non est
ita firma & recepta, vt ex ea probetur filiatio; imo ea sola debi-
lis reputatur. Ita declarat Don Ioan del Castillo dicto lib. 5. Cō-
trov. iuris. dicto cap. 104. n. 12. ex l. nō Epistolis. l. nō nudis. Cod.
de probat. l. Neq; professio. Cod. de testam. & refert Mascard.
de probat. conc. 700. ita tenentem, & cōstituentē regulam nega-
tivam, quod filiatio non probatur ex sola nominatione, vel con-
fessione, aut professione patris. Y ésta doctrina procede con
mayor seguridad en nuestro caso por la equivocacion de la pa-
labra *Hyo*, que es comun al hijo espiritual per susceptionem ex 35
sacro fonte, y al hijo corporal y natural, vt supra probatum est.
Vnde para que aya de hazer algun genero de probança la res-
tringen los Doctores a que ésta nominacion fiat in eo actu, ac eo
modo vt non nisi soli filio corporali conveniat; veluti si in iudi-
cio fateretur pater dictam filiationem, vel in libris rationalibus
nativitas filij repeiiretur scripta, vel ageretur in causis antiquis:
vt colliges ex Pereyra cons. 9. n. 35. & Paleoto de nothis & spu- 36
ris c. 23. nu. 1. & Menochio de arbitrarijs casu 89. n. 77. & præ-
sumptione 53. n. 34. lib. 6. præsump. Balasco cōsultat. 176. n. 10.
Fublio Paciano de probat. lib. 2. c. 6. n. 32. Alexādro Trentacin-
quio lib. 1. tit. de filiat. nu. 14. Stephano Gracia t. 3. disceptat. c.
562. ex n. 24. Ioanne Lupo de illegitimis lib. 2. com. 2. §. 3. n. 44.
Y ninguno destos modos de nominacion especial prueba el di-

cho Don Baltasar, sino solo en general, que no le es de provecho por la dicha equivocacion, que contiene en si la nominacion de *Hijo.*

Est & alia filiationis coniectura, quæ desumitur ex præstatione alimentorum simul cum educatione. De qua Mascardus de
37 probat. conc. 795. Y debiendose estos alimentos tambien al hijo espiritual como al carnal, vt supra dictum est, assi mesmo se debe juzgar que se dierō al dicho Don Baltasar mas por la dicha causa de piedad por el parentesco espiritual, quam ex causa filiationis carnalis, vt comprehenditur ex Alex. cons. 74. n. 2. volum. 2. quem refert Mascard. supra n. 5. ibi: *Inquit enim Alexander posito*
38 *quod esset probatum per testes dominæ Faustinæ, quod Ioannes alimentasset, & lactari fecisset eam, vel similia, non tamen per hoc sequitur quod tractavit eam vt filiam, quia etiam talia conveniunt, & fieri possunt alijs quam filijs.* Hanc eandem sententiam vt crebriorem sequti sunt Barbacia cons. 27. volum. 3. vers. Modo veniendum, & Parisius cons. 10. n. 17. & cons. 12. n. 247. p. 2. Iasson cons. 102. volum. 4. vers. Sexto facit. Ruinus cons. 51. n. 4. volum. 5. Gratus cons. vlt. n. 45. volum. 1. qui loquitur in nostris terminis, ex filio scilicet nato ex illegitimo coitu. Y aunque tubieron la contraria opinion Baldo, Præposito, Goçadino, & alij relati per Mascardum dicta conc. 795. n. 2. y Mascardo los quiere reduzir a concordia de manera que la opinion de Alexandro proceda quādo deficiūt
39 alia adminicula & præsumptiones, y la de Baldo quando adsunt dicta adminicula, y abraza esta concordia Don Ioan del Castillo vbi supra dicto cap. 104. lib. 5. n. 14. Con todo esso no se puede acomodar a nuestro caso, donde en vn mismo sujeto concurrieron la filiacion espiritual, y la filiacion natural, y aun otra filiacion que se induce de averlo criado como infante exposito de la puerta de la Yglesia, como se alegarà mas en forma. Y es necessario que los dichos alimentos se le ayan dado como a hijo carnal,
40 y se prueba ex verbis dicti Castillo, ibi: *Tunc alimenta sola probarent si diu, & tanquam filio fuerint præstita vt per In Trigliolum Decis. 35. n. 51. Albarum Belazcum & Petr. Surd. &c.* Y este requisito y calidad no lo concluyen sus testigos, y assi por la dicha equivocacion que ay de la palabra *Hijo* se debe juzgar que se dieron mas titulo pietatis quam filiationis carnalis, pues ex vtroque titulo debentur alimenta, vt supra ostensum est.

Y lo mesmo se ha de resolber, y responder en la conjectura,
41 quæ oritur ex voce & fama publica para probar lo sussodicho ex Mascardo de probat. cōc. 791. n. 7. & 8. qui proponit duas cō-

trarias

trarias opiniones, y las quiere reducir a concordia ſegun y como queda declarado en la conjectura antes deſta, que ſigue tambiẽ Don Iuan del Caſtillo vbi ſupra n. 13. Demas que los teſtigos no concluyen que lo oyeron, y ſupieron de la mayor parte del pueblo como es neceſſario, y lo limita aſsi el meſmo Maſcardo nu. 16. ibi: *Probari debere quod pro tali habebatur, & exiſtimabatur ab omnibus vicinis & cognoſcentibus eum, & quod oportet teſtes deponere ſe audiviſſe à maiori parte populi, &c.* Ni tampoco los teſtigos diſtinguen nada cerca del parenteſco y filiacion eſpiritual y carnal, ni de la que ſe induce por aver ſido infante expoſito, criado y alimentado, y aſsi no hazen fè. Ex eodem Maſcardo n. 34. ibi: *Secundo tibi limitanda eſt, vt ius communis opinionis & famæ ceſſet, quãdo contra extaret aliqua præcipua & ſingularis præſumptio: vt inquit Gratus in conſ. 43. n. 59. volum. 2.* Y el miſmo defecto padecen los teſtigos en la probança de los once caſos, que eſcribiò el miſmo Maſcardo conc. 789. n 38. y refiere Don Iuan del Caſtillo dicto lib. 5. controv. c. 104. n. 8. para probar la filiacion ex tractatu & educatione, alegando à Montealegre in praxi, & Ioan. Lup. de illegitimis, Anton. Petram de fideicommiſſ. & alios. 42 43

Et ne vltra progrediatur, dum brevitati cõſulitur, ſobre la reſpueſta de otras cõjecturas, de que ſe quiere aprovechar el dicho Don Baltaſar para probar ſu filiacion eſpuria, y de punible y dañado ayuntamiento, ſe concluye ex ſupra dictis ceſſare eas, & nõ habere locum in noſtra ſpecie per prædictam æquivocationem de la palabra *Hijo*, vt ſupra dictum eſt. 44

Y con eſto tambien ceſa la diſputa y controverſia de los Doctores, An filius exiſtens in quaſi poſſeſsione filiationis teneatur ſe probare filiũ; ſive an filiationis quaſi poſſeſſio ſufficiat in præparatorijs iudiciorum, & in iudicijs ſummarijs ad transferẽdum onus probandi in adverſarium, vel in iudicio petitorio, id eſt, in deciſſorijs: que reſuelbe pro vtraque parte vltimamente y con erudicion dictus Caſtillo ſupra cap. 104. ex n. 4. & 5. cum ſequentibus. Porq̃ el dicho Don Baltaſar ni eſtà en la dicha quaſi poſſeſion, ni tiene probado lo que ſe debe probar para adquirirla, por razon de la incertidumbre del ſentido de la dicha palabra *Hijo*, por ſer comprehenſiva de varias eſpecies dellos. 45

Præterea ſe debe advertir que en todos los caſos, en los quales la filiacion præſumitur ex cõiecturis ſemper admittitur probatio in cõtrarium. Maſcardus de probat. conc. 794. n. 12. ex Felino & Baldo, per eum relatis; & Caſtillo vbi ſupra n. 19. qui eodem loci n. 4. bene docuit, quaſi poſſeſionem filiationis tunc de- 46

ficere,

ficere, cum constat talem non esse filium, etiam si per mille annos in possesione stetisset, quia ius filiationis nullo tempore præ-
47 scribitur. Ex Barbacia cons. 27. col. fin. volum. 1. Y la parte del dicho Don Alonso de Çarçosa tiene probança contraria y bastãte, de que no es hijo del dicho Don Fernando Salcedo el dicho Don Baltasar. Y porque la dicha probãça ex parte patris es dificultosa, y casi imposible ex l. Lucius 82. ff. de conditionibus & demonstrationibus, es comun doctrina y recebida de todos, que
48 se prueba con presunciones y cõjecturas. Menochius de adbitr. lib. 2. casu 89. & lib. 6. præsumpt. 53. Castillo supra n. 6. Lo qual procede no solo en la probança de la filiacion legitima, pero tã-
49 bien en la espuria, e ilegitima. Mascar. de probat. conc. 787. nu. 15. Fulvius Pacian. de probat. tom. 2. c. 6. n. 6. & 7. Menoch. cõs. 813. volum. 9. n. 51. Y quãdo concurrẽ conjecturas y presumpciones inter se repugnantes es sin duda que ãn de prevalecer las mas vehementes y poderosas, y que mas persuadan la verdad: vt
50 colligitur del mesmo Doctor Castillo loco superiori n. 18. & lib. 4. Controv. iuris cap. 23. & 24. adonde el mismo se refiere. Menoch. lib. 1. præsumpt. 30. Mantica lib. 12. tit. 17. n. 6. Mascar. conc. 1225. n. 6. & 7. Petr. Surd. cons. 315. n. 15. lib. 3. Y es caso llano e innegable que las presunciones y conjecturas vehementes, con que se prueba que el dicho Don Baltasar no es hijo del dicho Don Fernando (aunque sea con la nota de espuriedad y de punible ayuntamiento, que el pretende) vencen a las suyas, que son mas debiles y sin substancia.

Ojo ☞ Primeramẽte el dicho Don Alonso Çarçosa tiene probado que en el Testamento cerrado, que otorgò el dicho Don Fernando Salcedo (y debaxo de cuya disposicion muriò) vn año antes que muriese poco mas o menos, ante Pedro Gutierrez Albarez Escrivano publico desta Ciudad, estando muy peligroso de vna enfermedad muy grave y larga, que le puso a peligro de muerte, y le obligô a recibir los Sãtos Sacramẽtos para morir como Christiano y Catholico, y en que dispuso muy en particular de cosas
51 tocantes a discargos de su conciencia, alma, y hazienda, aviẽdolas primero comunicado con Letrados Theologos y Iuristas de mucha opinion y credito, no reconoce por tal hijo al dicho Dõ Baltasar, ni tampoco le llama a la succesion del Mayorazgo, que fundò Christobal de Narbaez su Padre, donde por clausula particular llama a los hijos legitimos del dicho Don Fernando, y a falta dellos a sus hijos y descendientes ilegitimos. Argumento y conjectura para mi tan poderosa, y aun para todos, de que el dicho

dicho Don Baltasar no es tal hijo espurio, pues no le reconociò ni llamò a la dicha succesion del dicho Mayorazgo, q̃ sola ella bastaba para la decision deste Pleyto. Demas de que tiene fundamento fortisimo en Derecho, porque si ad probandam filiationem deducitur coniectura ab institutione hæredis talis filij, quia non est verosimile quod quis instituatur vt filius, nisi vere sit filius, vt tradit Mascardus de probat. conc. 793. Per. Surd. cõs. 52
2. n. 50. volum. 1. Nicolaus Intrigliol. deces. 35. n. 50. Tambien se debe inducir conjectura contraria, de que no es hijo el que non instituitur vt filius in Testamento, ni es llamado a la succesion del Mayorazgo, in quo vocantur illegitimi, por correr como corre la misma razon in vtroque casu. Y no se satisface a esta dificultad, si replicetur que aunque sea verdad lo susodicho, pero que le llamò el dicho Don Fernando en el fideicommisso, que instituyò de nuebo de sus bienes libres, para que succeda en ellos despues de la muerte de Doña Mariana de Godoy su legitima muger.

Respondetur enim dupliciter. Lo primero, que para inducir la dicha conjectura necesse est quod fiat talis institutio tãquam filij. Ancarran. cons. 206. Ruinus cons. 36. n. 6. volu. 1. ibi: *Probatur filiatio quia eum instituit tanquam filium.* Et Ruinum sequitur 53
Rolandus de Valle cons. 22. n. 24. vol. 3. ibi: *Probationem filiationis induci ex eo quod testator instituit Rogerium tanquam filium.* Y es cierto que no le llamò como a hijo al fidei commisso. Fuera de que el averle llamado al dicho fidei commisso no fue instituciõ vniversal de heredero como se requiere, sino vn legado fidei cõmisso, por el qual, aun quando se lo hubiese dexado tanquã filio, non inducitur probatio filiationis. Sic Præpositus in cap. Per tuas n. 19. Qui filij sint legitimi, vbi dicit: Quod siquis le- 54
gando diceret, *Lego tibi filio meo*, ex hoc non inducitur præsumptio filiationis. Et cum alijs idem tenent Mascard. supra nu. 9. & 10. Valle cons. 22. n. 23. vol. 3. Y lo mismo viene a ser dexarselo por fidei commisso que por legado, quia adæquata sunt legata fidei commissis l. 1. ff. de legatis 1.

Secundo respondetur ad idem. Que el no averle reconocido ni llamado a la succesiõ del dicho Mayorazgo, ni dexadole el dicho fidei commisso como a tal hijo suyo, fue acto claro y manifiesto de que no era su hijo, sino estraño, porque el hijo espurio y 55
adulterino, como el dicho Dõ Baltasar pretende ser, nihil capere potest à Patre præter alimenta, de que se tratarà mas largo en el segundo punto deste Articulo.

D Y con-

Y concluyentemẽte se prueba que sea cierta la conjectura referida, con la deposicion de dos Testigos fidedignos que dixerõ y testificaron por parte del dicho Don Alonso de Çarçosa, que el vno dellos es el Licenciado Iuan Bautista Gutierrez, Abogado
56 de opinion, que en la quinta pregunta del Interrogatorio dize por estas palabras. ¶ *Que el dicho Don Fernando de Narbaez Salcedo le pidiò y rogò le ordenàse su Testamento, y que asi lo hizo, y escribiò de su letra en presencia suya, y de Doña Mariana de Godoy su muger, en diferentes dias y tiempos: y tratando de la succesion del Mayorazgo, y si auia de succeder el dicho Don Baltasar: le respondiò: Que aquella disposicion y Testamento que ordenaba era para parecer en el Tribunal de IESV CHRISTO nuestro Redemptor, y que asi el dicho Don Baltasar no auia de succeder en el, sino que succediesen los legitimos llamados por Christobal de Narbaez su Padre, porque el dicho Don Baltasar no era su hijo. Y aunque la dicha Doña Mariana su muger muchas vezes le hizo recuerdo diziendo, que se acordàse bien que era su hijo, siẽpre el dicho Don Fernando estubo firme en que no lo era. Y en diferentes ocasiones le escribiò papeles a este Testigo negando siempre el dicho Don Baltasar ser su hijo. Y tradando del dicho Testamento cõ el dicho Don Fernando, y de otras cosas del discargo de su conciencia, le dixo este Testigo, que bien podia dexar al dicho Don Baltasar su hazienda libre despues de la muerte de la dicha Doña Mariana. Y asi lo hizo, &c.*

Y el otro Testigo es Fray Miguel de Montemayor su Confesor, de la Orden de San Francisco de Paula, que testifica en la dicha quinta pregunta, por èstas palabras. ¶ *Que por el tiempo con-*
57 *tenido en la pregunta, y antes que hiziera el dicho Testamento como quince dias antes, embiò a llamarlo Don Fernando de Salcedo Narbaez como su Padre de Alma, para comunicar algunas cosas tocantes a su conciẽcia, y tratando de la disposicion de su Testamento en presencia deste Testigo y del dicho Don Baltasar, le dixo a este Testigo, y al dicho Don Baltasar, que no tenia que quexarse del, que bien sabia que no era su hijo el dicho Don Baltasar, y que asi no se espantàse que no le llamàse a la succesion del Mayorazgo, que fundò el dicho Christobal de Narbaez Salcedo Hurtado, porque bien sabia que auia tres herederos succesores a su llamamiento y succesion, que todo lo que pudiera haria por fauorecerle, y que lo dexaria de forma que no se muriese de hambre, porque le tenia mucho amor por auerlo criado, que harto lo sentia el no poderlo fauorecer, y llamarlo a la succesion del dicho Mayorazgo. Por lo qual cree y tiene por cierto este Testigo, que si fuera su hijo lo llamara a la succesiõ del dicho Mayorazgo porque en su presencia le hablo muy tierna y amorosamẽte al dicho Don Baltasar. Y que se remite al Testamento, &c.* Y segun la doctrina de Pau-

de Paulo de Castro, y de Decio, a quien refiere y sigue Covar. in 4.p.2.c.8.§.3.nu.5. Duobus testibus, qui testantur de veritate, 58
probatur filiatio, vel negatio filiationis. Demas que por aver sido como fue esta Confesion al tiempo que trataba de su muerte el dicho Don Fernando, por estar muy al cabo y con evidente peligro della con la gravedad de la enfermedad que tenia, y por ser ad exonerationem conscientiæ, haze grande prueba: vt ex Ruino cons.68.n.12.volum.3. Grammatico decis.42.nu.9.
Hypolito Remin.cõs.58.n.31.lib.1.& cons.379.n.24.lib.4.Rolan. a Valle cons.37.n.8.lib.3.concludit Polid.Ripa in cõment. 59
de actis in art.mortis c.50.n 4. Y esta doctrina maxime procedit quando la confesion se hizo præsente parte, como en nuestro
caso lo estubo el dicho Don Baltasar. Alban.cõs.223.n.15.Idem 60
Polid.supra cap.58.n.2.que quiere que valga etiam absente parte. Mascar.de probat.conc.790.n.21. Steph.Grac.1.p.disp.forens.c.116.n.51. Y esta confesion negativa perjudica al dicho 61
Don Baltasar: vt tradit Parisi.cons.10.n.55. Y la conjectura quæ favet animæ, sicq; saluti æternæ potētior & firmior est alia quacumque coniectura. Menoc.de præsum.lib.1.præsump.29.n.18. 62
refert Castillo lib.4.controv.cap.23.n.34.

Ni obsta a esta verdad el reconocimiento, que pretende el dicho Dõ Baltasar, le hizo de hijo pocos dias antes que muriese el
dicho Don Fernãdo, que fue vn año despues poco mas o menos 63
de aver pasado lo contenido en los numeros precedētes: porque se respõde, que fue ninguno y de ningun valor por averlo fecho estando loco furioso, y con delyrio, como està probado bastantemente por el dicho Don Alonso de Çarçosa Salcedo en la pregunta 7. de su Interrogatorio, en que concluyē los Testigos que lo tenian atado estando en la cama, porque no se arrojàse por vētanas, o corredores. Y en particular lo afirma asi en su testificacion el Doctor Luys de la Torre Medico, hõbre Docto y de opinion, que le curò de la dicha enfermedad per hunc sermonem.

¶ *Que como Medico visitò y curò al dicho Don Fernando Salcedo en la* 64
vltima enfermedad que tubo, de que muriò, el qual estubo frenètico al tiempo poco mas o menos que la pregunta contiene. y que delyrò, y desvariò siempre, y contino que le vido este Testigo, hasta que muriò de la dicha enfermedad, por ser ella frenesi. en la qual hallo en ella el delyrio perpetuo por señal proprissima suya, y que no le conviene otra enfermedad: y que estubo atado, porque si estubiera suelto se arrojàra de las ventanas y corredores, y porque recibiese los medicamentos y remedios, que no estando atado no los permitiera hazer por lo furioso que estaba &c. Et standum esse Me-

dicorum

65 dicorum iudicio, an quis sit sanæ mentis, vel non? docet Bartol. in l.2.n.3.ff.de testam.& ibi Baldus, Alex.cons.141.n.12.volu.1. Polid.Ripa de actis in art.mortis cap.1.n.18.Menoch.cons.45. n.24.volum.1. que habla en nuestros terminos, ibi: *Primus testis est Medicus vir probus & peritus, qui clare affirmat, quod illa die vltima, in qua Iacobum testari voluisse asseritur, iam erat extra bonũ sensum, & huic perito in arte adhibenda est fides. L.1.§.1.ff.de ventre inspiciendo. Copiose scribit Nebiz.lib.5.silva nuptialis n.69. qui ait: A recepta Doctorum sententia posse recedi ex sententia periti in arte. Et in specie nostra testes periti probare insaniam responderunt Socin.Senior cons.229. n.8.lib.2.& Socin.Iunior cons.133.n.5.& cons.183.n.12.lib.2. Neq; quæ contra hunc Medicum objiciuntur nocent, nempe quod testis hic singularis sit, siquidem præter illud, quod falsum detegitur, ex aliorum testimonio etiam testes singulares recipiuntur ad probandam insaniam. Ita Decius in l.furiosum n.30.Cod.qui testamentum facere possunt. Ruinus cons. 67.n.9.lib.1. Paris.cons.87.n.8.& n.44.lib.3. Cæteros prætereo.* Hactenus &c. Y tambien del dicho frenisi y delyrio contino de la dicha enfermedad hasta que muriò el Enfermo, el Licẽciado Iulian de la Torre Morcillo, Cura de la Parrochial de la Yglesia
66 Mayor en la dicha septima pregunta per hæc verba: *Que como tal Cura de la dicha Yglesia Mayor, de donde era Feligrès el dicho Dõ Fernando Salcedo, estando enfermo, lo llamaron dos vezes para confesarlo, que seria la vna vez dos meses antes que el susodicho muriera poco mas, o menos, y la otra vn mes antes de su muerte poco mas, o menos, y ambas vezes le pareciò a este Testigo, no tenia su entendimiento cabal por el discurso de su confesion, y q̃ le diò el Santo Olio, y no el Santissimo SACRAMENTO, &c.* A quien se le debe dar entera fè y crèdito, como en terminos nuestros consuluit dictus Menoc. dicto cõs.45.
67 supra relato volum.1.n.24.per hæc verba. *Secundus testis reverẽdus dominus Stephanus Grammaticus Ecclesiæ Parrochus atestatur, paulò antequam is testator testari voluisse asseritur, accesisse ad eum, vt illius secretam confessionem audiret, & rectè audire non potuisse, & ob id ait, quod noluit illi ferre Sacratissimam Eucharistiam. Huic testi credendũ esse in specie hac clarè respondet Craveta cons.117.n.4.vers.Proponitur: & præter eum Socinus Senior cons.229.lib.2.col.6.vers. Quinimò &c.*

Y es muy digno de notar en este punto lo que testifica el Licenciado Iuan Bautista Gotierrez Abogado en su deposicion, de que arriba queda hecha mencion, que aunque le instò muchas
68 vezes Doña Mariana de Godoy su muger al dicho Don Fernando, quando hazia su Testamento, que llamàse a la succesion del Mayorazgo al dicho Don Baltasar, que era su hijo, el dicho Don

Fernando

Fernando estubo siempre firme en que no lo era. Y estas persuasiones de la dicha Doña Mariana se continuaron cō las que despues de vn año bolvió a hazer al dicho su marido, para que lo reconociese por tal hijo quando estaba sin juicio, y tan proximo a su muerte. Como lo testifican Ginès Muñoz, y su ierno, Testigos instrumentales de la dicha Escritura, que estādo enfermo en la cama el dicho Don Fernando, la dicha Doña Mariana le dixo, que hiziese la Escritura de reconocimiento del dicho Don Baltasar, que alli estaba el Escrivano. Et huius modi iteratæ & molestæ persuasiones, & importunæ preces factæ ægroto in gravi 69
infirmitate, & cōstituto in periculo (demas de estar falto de juicio) inducunt metum, vim, & dolum: vt ex Deciano cons. 65. n. 2. lib. 2. Menoc. præsump. 12. n. 8. & 9. lib. 4. Alex. Raudēse decis. 45. n. 14. & 32. Petro Sur. cons. 363. lib. 3. n. 14. & 15. notavit D. Castillo lib. 4. Controv. iuris cap. 22. ex nu. 29. Y por esta causa tambien tiene nulidad la Escritura del dicho reconocimiento.

Concurre con esto, que los Testigos instrumentales della se encuentran entre si en los dichos, q̃ dixeron en este Pleyto: porq̃ 70
Alonso Guillen dize, que el dicho Don Fernando Salcedo le pidiò al dicho Escrivano que hiziese la Escritura del dicho reconocimiento. Y los dichos Ginès Muñoz y su ierno afirman, que quien lo pidiò fue la dicha Doña Mariana: vt constat ex numero præcedenti. Demas que aviendo muerto el dicho Don Fernando Salcedo doce, o treze dias despues de fecha la dicha Escritura, como lo testifican los Testigos instrumentales presentados por el dicho Don Baltasar en este Pleyto, depone el dicho 71
Alonso Guillen, que muriò tres, o quatro dias despues: con que quedan sospechosos de falsedad. Rursus porq̃ los mesmos Testigos padecen otros defectos personales, por los quales no se les debe dar fê, como son Ginès Muñoz y su ierno Mathias Gutierrez, por deponer como deponē en su favor y causa propria, atento que dizen que al mismo tiempo que se otorgô la dicha Escritura de reconocimiento, otorgò otra de aprobacion de vn traspàso de ciertas casas en que ellos vivē, que les avia hecho Christobal Martin de Belmar: la qual asi mesmo fue nulla por averla otorgado estando fuera de su juicio: y para darle valor deponen los susodichos que estaba en su juycio. Y es llano que no se 72
les debe dar fê por el interese que se les sigue de su mesma deposicion: Ex traditis per Prosper. Farin. tom. 3. de testib. q. 60. n. 4. quia causa propria dicitur etiam illa, in qua quis cōmodum, aut interesse consequitur. l. 1. §. in propria causa ff. quando apellan-

 dum

dum sit. Y que estas dos Escrituras se otorgasen à vn mesmo tiẽpo, y en vn mesmo dia, lo declaran asi los Testigos instrumentales de la dicha Escritura, en que dizen reconocio por hijo al dicho Don Baltasar. Y a la deposicion destos Testigos repugna derechamente la fecha de la Escritura de aprobacion del traspasso de las dichas casas, porque por su fecha consta que se otorgò en 31. de Março del Año passado de 1631. y asi mesmo consta que la dicha Escritura donde reconociò por hijo al dicho Don Baltasar se otorgò en 29. dias del dicho Mes de Março: donde resulta la repugnancia y cõtrariedad que ay entre las dichas Escrituras y los Testigos instrumentales dellas cerca de su otorgamiento; por donde asi las dichas Escrituras, como los dichos Testigos se hazen sospechosos de falsedad, para que no se les aya de dar fe, ni crédito. Concurre tambien que la dicha Escritura de reconocimiento no està firmada de la firma del dicho Don
73 Fernando, porque sigun dice Alonso Guillen Testigo instrumẽtal, le temblaba la mano. Y lo contrario dize Mathias Gutierrez Testigo instrumental, porque afirma, que el dicho Don Fernando firmò al mismo tiempo vna çedula de reconocimiento, que viene a ser la Escritura de aprobacion del traspasso de las dichas casas. Con lo qual (demas de lo dicho) la dicha Escritura de reconocimiento del dicho Don Baltasar se haze sospechosa por no averse firmado del Otorgãte, aviẽdose firmado la otra del dicho traspasso, y averse otorgado entrambas (segun dizen los dichos Testigos) a vn mismo tiempo.

Tambien Iuan de Valdibia Testigo instrumental, no es fidedigno, ni se puede creer su deposicion, porque era criado actualmente de la dicha Doña Mariana quãdo dixo su dicho, y oy lo es de la susodicha y del dicho Don Baltasar, y asiste en su moli-
74 no de azeyte como Molinero del. Demas de aver sido su Padrino de boda la susodicha y su marido, y tambien de Bautismo, q̃ lo vno y lo otro le excluyen de poder ser Testigo en esta causa: Vt ex Mascar. conc. 332. n. 8. Menoch. de adbitrarijs casu 100. tradit Farin. 3. tom. de testib. q. 54. n. 199. Vnde concluditur, q̃ todos los Testigos instrumentales no hazẽ fe en las deposiciones que hizieron en este Pleyto presentados por parte del dicho Don Baltasar.

Y no obsta decir por su parte, que no probò la del dicho Don Alonso Çarçosa que el dicho Don Fernando estubiese sin juycio
75 al tiempo que dizen otorgò la dicha Escritura de reconocimiẽto, siendo el tiempo el principal fundamento de su intento: addo tradita

tradita per Masc. de probat. conc. 1367. maxime n. 14. vbi tenet
quod tempus debet explicite probari, nec sufficiat generalitèr
& incertè quando est fundamentum intentionis agentis: & per
Fulvi. Paciar. de probat. 2. p. c. 25. art. 10. cum sequentibus: &
cons. 131. n. 10. & Sigimun. Escaciam tt. de comercijs 3. p. q. 7.
dubit. 20. §. 2. Glossa 1. n. 22. Pet. Surd. decis. 75.

Respondetur enim que es sin fundamento la dicha objecciõ,
porque, como cõsta de lo articulado y probado por el dicho Dõ 76
Alonso, se prueba formal y concluyentemente el dicho tiempo,
scilicet, *Que al tiẽpo y quando el dicho Don Fernando dizen otorgò la di-*
cha Escritura de reconocimiento estaba falto de juycio, y los Testigos
lo concluyen asi en sus dichos. De donde se sigue que està pro-
bado el dicho tiempo explicitamente secundum sententiam di-
cti Masc. & cæterorum supra; pues probandose que quando se
otorgò la dicha Escritura non erat sanæ mentis, sed insanus, se
prueba consigüientemẽte el dia cierto y determinado de su otor
gamiento, que es el mesmo dia y hora de su fecha; quia vox illa
al tiempo quando, es restrictiva sicuti dictiones, *tunc, dicto tempore,*
tunc temporis, & dispositionem ad tempus formalitèr expressum 77
restringuntur, ex multis tradit Casanate cons. 4. n. 142.

Minus nocet, que aviendo trece dias desde el dicho otorga-
miento hasta la muerte del dicho Don Fernando solo se alegò q̃ 78
eran diez: pues se vè con evidencia que el error que pudo aver
en numerar los dias fue en lo accidental, que no perjudica por
no ser en lo substancial. Iuan Baptista Costa de scientia facti &
ignor. distinct. 94. n. 2. conc. 1. Y averse articulado y probado (co
mo era necesario) el tiempo y dia cierto del otorgamiento de
la dicha Escritura del dicho reconocimiento.

Neque obstat, que algunos de los Testigos depongan para
probar el dicho tiẽpo per hæc verba, *Poco màs o menos*, que cor-
responden a la clausula, *Plus, minus-ve*: de qua per Martam in
tt. de clausulis p. 1. claus. 94. & Perez de Lara tt. de capell. & anni- 79
vers. lib. 2. c. 8. n. 4. Cenedo singul. 80. n. 2. quia nihil addunt, nec
minuunt. Bart. in l. Pluvia Mebia § fin. ff. de posit. Et quando
sunt addita declarationi certæ quantitatis, non ex eo redditur in-
certa dicta quantitas. Vincent. de Franquis decis. 262. nu. 3. Y
lo mismo se ha de juzgar en este caso.

Respondetur 2. a lo principal objecciõ, que està probado que
el dicho frenesi y delyrio le durò todo el tiempo continuo de la 80
enfermedad, que fue por mas tiempo de dos meses, como lo de-
clara asi el Licenciado Iulian de la Torre Cura Parrochial, que lo
confesò

confesò y oyò de penitencia dos vezes en el discurso della; la primera dos meses antes, y la otra vn mes antes que muriera el dicho Don Fernando, y que ambas vezes no le hablo con su juycio cabal. Y tambien que la dicha Escritura de reconocimiẽ-to se hizo los treze dias dichos antes que muriese, y asi constando que estaba furioso del dicho frenesi y enfermedad vno y dos
81 Meses antes que la otorgase præsumitur in furore permanere, & credendum est potius testibus qui dicunt actum fuisse gestum tempore furoris quàm negantibus: Vt ex Glossa verbo. Compotem in cap. fin. de successionibus ab intestato, quam sequũtur ibi Ioannes And. Innoc. & Abbas, tradit Mieres de Maiorat. 1. p. q. 1. n. 376. Idem tradit Steph. Beltran. cons. 48. n. 24. lib. 1. p. 2. & Masc. de probat. cons. 825. in principio. Menoc. lib. 1. præsump. 24. n. 15. Iulius Pacian. de probat. lib. 1. cap. 50. n. 16.

Y no se califican sus dichos de los Testigos instrumentales
82 por dezir que como tales hazen entera fé por estar recibidos ex consensu y aprobacion de las partes. Masc. de probat. cóc. 534. n. 19: porque se satisface, que estonces procede, y à lugar la dicha doctrina, quando ex consensu vtriusque partis recipiũtur in instrumentis; lo qual faltò en nuestro caso, porque se recibieron por consentimiento solo de vna de las partes: y esto mesmo resuelbe Farinacio de testib. 3. tom. q. 54. n. 4. in testibus cõsanguineis instrumentalibus: qui licet aliàs vt consanguinei non faciãt integram fidem, si tamen admittuntur à partibus in instrumentis hazen entera fè.

Tertio respondetur; que aunque el posseedor del Mayorazgo
83 confiese y declàre en su Testamento quod aliquis est suus filius naturalis, ad hoc vt succedere posit in maioratu, talis confessio non iuvat succesorem, si probetur spurius, qui succedere nõ potest. Ita colligitur ex Mieres de Maiorat. 2. p. q. 2. n. 160. Y la misma doctrina procede quando sin ser hijo le confiesa por tal, como en nuestro caso el posseedor del Mayorazgo, que fue el dicho Don Fernando, aunque confesase por hijo al dicho Don Baltasar no le aprovecha, no lo siendo, como no lo es, para succeder en el dicho Mayorazgo.

Quo fit, que tampoco le favorece la cõfession y declaracion,
84 que dizen hizo Doña Melchora su pretensa Madre, declarãdole por su hijo y del dicho Don Fernando, porque le podrà aprovechar en quanto a ella, y a succederle en sus bienes, pero no en quanto al dicho Don Fernando, que le tiene negado por tal, y no le puede perjudicar la dicha declaracion para succeder en el dicho

cho Mayorazgo contra su voluntad. Y para que tenga alguna fuerça la dicha confession requiritur, quod sit vtriusque tam patris, quàm matris, ex iuribus traditis per Mascar. de probat. cõc. 85
790. n. 11. & 12. cui consentit Mancin. de confess. c. 2. n. 209. Parisi. cons. 10. n. 14. p. 2. Mieres sopra 2. p. q. 2. nu. 170. Y con esto debe concurrir que la Madre sea de tal calidad y nacimiẽto que con ella pueda casar el Varon. Lo qual falta en nuestro caso, por 86
ser ella persona humilde y pobre labradora, que como tal se caso cõ otro labrador pobre, y por ser muy desigual de la calidad del dicho Don Fernando, Caballero honrado, que por ningun acontecimiento se casára con ella.

Sed vltra prædicta, es potissimo fundamento para probar q̃ el dicho Don Baltasar no es su hijo del dicho Don Fernando el aver sido su Padrino, y sacadolo de pila baptismal, quãdo se baptiçò en la Villa de Com, vt supra dictum est: por repugnar de- 87
rechamente al officio paterno a quien incumbe el buscar y nõbrar Padrinos, que saquen de la dicha pila a sus hijos: sicut deducitur ex traditis per Petrum Surdum cons. 1. n. 45. vol. 1. ibi: *Secundo accedat, quia statim natus Paulus fuit baptizatus ad instantiam Domini Ioannis Baptistæ, qui etiam rogavit compatres, qui puerum levarent ex sacro fonte; quod etiam plurimum confert ad probandam filiationem, quia baptismus est actus qui ad parentem pertinet, cum filius est infans.* Y lo mesmo se colige de Egidio de Coninch de sacramentis tom. 2. q. 32. n. 29. ibi: *Requiritur tertio, vt susceptor à parentibus ad hoc munus sit legitime designatus, nã Trident. Sess. 24. c. 2. de reform. dicit: Neminem quantumcumque suscipientem hanc cognationem cõtrahere præter asignatos à parentibus.* Et paulò inferius dicit idem Ægi- 88
dius: *Nota primo munus designandi patrinos per se spectare ad parentes.* Lo qual tambien tiene Ioan Baptista Possevinus de officio curati cap. 9. n. 33. ibi: *Debent autem isti Patrini designari per Conciliũ à parentibus.* Y lo mismo refiere Thomas Sanc. de matrim. lib. 9. disp. 26. n. 5. ibi: *Atque ita Abbas in dicto cap. si vir n. 2. & Alex. de Nebo eodem n. 2. Proposit. n. 5. colligunt inde parentes non futuros extra necessitatem patrinos propriorum filiorum, quia alius debet esse pater carnalis, alius pater spiritualis: Quam rationem etiam tradit D. Thomas 3. p. q. 67. art. 8. ad 2. quem omnes Theologi sequuntur.* De donde resul- 89
tan dos cosas: La primera, que el dicho Don Fernando no es su Padre del dicho Don Baltasar, porque hubiera buscado otro Padrino que no el, que lo sacára de pila, por ser como es officio proprio paternal. La segunda, que aviendo sido el susodicho Padrino, supone que fue otro su Padre del dicho Don Baltasar,

F que

que señalò para que lo fuese el dicho Don Fernando.

Præterea, se prueba la dicha asseroion negativa de que el di-
90 cho Don Baltasar no es su hijo por la fè y testimonio que dà el Cura de la Parrochial de la Villa de Coin del bautismo del susodicho, en que afirma que lo baptizó, y que fue echado a la puerta de la Yglesia, con que se desvanecen de todo punto sus probãças y conjecturas, de que se ha pretendido valer para probar su filiacion. Porque si con atencion se leen todos los Testigos de Coin presentados por su parte (demas de deponer eodem repetito sermone contra la prohibicion de derecho) testifican, que luego q̃ naciò el dicho Don Baltasar lo diò a criar el dicho Don Fernando a diferentes amas; lo qual es siniestro por constar de lo
91 contrario por la dicha fé de q̃ fue echado a la puerta de la Yglesia, accion omnino repugnante a lo susodicho, y a su pretensa filiacion: siquidem expositus infans dicitur ille, cuius parentes ignorantur. Petr. Surd. de aliment. tit. 1. q. 81. in principio. Y de aqui se conoce quã sospechosos son los dichos Testigos y sus declaraciones, para que no se les pueda dar fe. Coligese tambien, que padecen el mismo defecto en quanto declaran, que quando
92 naciò el dicho Don Baltasar se hizieron muchas demonstraciones de alegria por el dicho Don Fernãdo por averle nacido hijo que le pudiese suceder, pues no se compadecen semejantes regocijos y estimacion del parto cõ echarlo a la puerta de la Yglesia: càso que arguie crueldad y maldad grande, y no menor inhumanidad; asi comiẽça por estas palabras la Ley final del señor Rey Don Alonso en el titulo 20. Partita 4: donde observò doctamente Gregorio Lopez verbo Echandolos, quod isti expositi in-
93 fantes dicuntur sanguinolenti in rubrica Cod. de infantibus expositis: vbi Azon in summa dicit, Ideo sic nominari quia sanguinis pæna tantum scelus est plectendum: quia videtur parens hoc faciens eos necasse: argumento l. Necare. ff. de liberis agnoscendis. Si bien concluie, que por la Glossa in l. 2. Cod. de infant. expositis solo es pena arbitraria, sino es en caso que muera el infante por semejante atrocidad y delicto. Y lo mismo sigue Menochio de arbitrarijs Iudic. lib. 2. casu 396. Centur. 4. que exa-
94 gerando la gravedad del delicto. *Parentum* (inquit) *magna est impietas dum à se progenitos partus vel exponunt, vel abjiciunt, si quidem adversus ipsam naturæ instintum agunt, cum brutis hoc inesse videamus, vt quamquam feræ sint, non tamen prolem suam negligere &c.* Y tiene Stephano Garcia 2. p. diceptation. forens. c. 267. nu. 5. quod tales parentes æquiparantur homicidijs. Y para escusar de tan grave

delito

delito al dicho Don Fernando es necesario cõfesar, que el dicho Don Baltasar no es su hijo, ni que el lo expuso a la puerta de la dicha Yglesia: delicta enim non præsumuntur. Argumento l. Merito.ff.pro Socio. Y solo es cierto, que el dicho Don Fernan- 95
do fue su Padrino de baptismo, y el q̃ se lo llevò de la dicha puerta, y alimentò y criò como tal. Y deste acto se le adquiriò nombre de Padre y de nutritor suyo, y derecho para poderle suceder tanquam exposito: vt tenet Bald.in l. si qua illustris ff.ad Orfi- 96
cianũ: & Glossa in l.Nutritoribus Cod.communia de succesion. & Vincen.de Frãquis decis.198. Perez de Lara lib.2.de Capell. & anniversf.c.21.n.76. Y a este nombre de Padre corresponden las presunciones, de que se quiere valer, insurgentes à nominatione, y no al de Padre natural y carnal, como mas latamẽte queda observado en este Punto. Y desta mesma doctrina resultat etiam la exclusion de la quasi possesion q̃ pretende tener de hijo, pues aun quando lo fuera y nacido ex legitimo matrimonio, la 97
avia perdido por aver sido expuesto, y echado a la puerta de la Yglesia: secundum Stephanum Gracian.dicta 2. p.diceptat.forens. cap.267.n.27. ibi: *Quibus adde in casu nostro constare de matrimonio legitimo, & filium esse in possesione filiationis constitutum, licèt enim talis possesio videatur turbata, cum filius fuisset expositus &c.*

Tambien tiene probado el dicho Don Alonso Çarçosa, que preguntandole al dicho Don Fernando Salcedo, si el dicho Don Baltasar era su hijo? respondia que no lo era, y que lo avia cria- 98
do de la puerta de la Yglesia: y lo mesmo testificá de aversela oido dezir a Doña Mariana de Godoy su muger, ad tradita per Mascar.conc.790. De lo qual se colige, que no se les debe dar fè a las testificaciones que la dicha Doña Mariana à fecho en este Pleyto al contrario desto. Ni obsta a lo dicho la doctrina de Innocencio in cap. Michael de filijs presbyterorũ: quod parentes non possunt respuere filium, si aliquando eum habuerunt vt fi- 99
lium. Covarr.in 4.p.2.cap.8.§.3.n.6.in principio: porque se satisface con que nunca el dicho Don Fernando le tratò, ni nõbrò como a hijo carnal, sino espiritual y legal, por averlo criado de la puerta de la Yglesia. Demas que lo contrario afirma consulendo Ruinus cons.53.n.8.volu.5.scilicet, que se à de estar y juzgar por 100
el tratamiento y nominacion posterior de hijo, si se hizo tempore mortis, y no por el primero. Y la doctrina de Covarr. solo se entiende quando filius est in possesione filiationis, & cõvenitur vt reus, in illis verbis: *Sed hoc intellige quando agitur de possesione ad effectũ, vt is, de quo quæritur an filius sit? in possesione ista defendatur quod*

filius

filius sit illius. Vnde si filius hic reus sit, eo quod à parentibus tractabatur, defendendus est donec actor eum filium tractatis non esse probaverit &c. Y en nuestro Pleyto el dicho Don Baltasar non sustinet partem rei, sed actoris, y asi no se puede valer de la dicha doctrina. Cōcurre con esto que está probado asi mesmo, que el dicho Don Baltasar no es semejāte, ni parece a su Padre, ni en la efigie y rostro, ni en la disposicion del cuerpo, ni en el color, ni cabello; y esto es publico y notorio a todos los que los conocieron: ad tradita per Mascar. conc. 792. que concluie con muchos y graves Doctores, que sumitur coniectura ex similitudine & effigie ad probationem filiationis: Doctor Castillo supra lib. 5. Controv. c. 104. n. 15.

101

Segundo Punto.

102 QVANDO Don Baltasar hubiera probado que era hijo del dicho Don Fernando cō la nota de expurio y adulterino ex parte patris, adhuc no puede succeder en los bienes del dicho Mayorazgo de Christobal de Narbaez Salcedo, ni el susodicho lo pudo llamar a la dicha succesion. Para lo qual se supone que el dicho Vinculo y Mayorazgo se fundò sin facultad Real con sola la que el Derecho le diô al dicho Fundador, y asi dize en el principio del Testamento: Que funda conforme a las Leyes de estos Reynos.

103 Secundo constituitur, que el hijo expurio non potest capere aliquid ex testamento patris, etiam deficiēte legitima prole, neque ab intestato, neq; ex cōtractu inter vivos. Ita probat Text. in §. fin. authent. quibus modis natur. effic. sui. Vbi filij nati ex damnato complexu non sunt filij nominandi, neque alendi â patre. Y lo mismo se prueba in authent. ex complexu Cod. de incest. nuptijs. Et in §. Discrētis, versic. si effusa. eodem authēt. quibus modis natur. effic. sui. Et probatur etiam ex nostro Regio iure in l. 10. tit. 13. part. 6. in illis verbis. *Nacido seiendo alguno de fornicacion non puede heredar ninguna cosa de los bienes de su Padre.* Et in l. fin. tit. 14. p. 4. ibi. *E demas tal fijo como este no debe partir en los bienes del Padre, nin es el Padre tenudo de criarle sino quisiere.* Et hanc sententiam tenuerunt ex antiquis Dinus in rub. de concub. ff. de concub. & Azo. in Sum. Cod. de incestis nupt. in fine. Bartol. expresse in l. fin. col. 1. ff. de iudic. & Alex. ad eum. Angel. in dicto §. fin. Dicti authent. Bal. in l. Perpetuo ff. de cond. ob turpem causam. Paul. de Cast. in l. fin. Cod. familiæ ercifcūdæ. Gozced. con. 21. n. 23. quos pro hac parte refert Marc. Anton. Peregrin. tr. de

iure

iure fitci.lib.3.tit.18.n.20. qui eam amplectitur reiecta opinione contraria Cardinalis Paleoti de nothis & expuris q.40.& 41 & aliorum. Eandem sententiam sequitur Covarr.in 4.p.c.8.§.5.n.3. & Ioan.Baptista Lup.de illegitimis & expuris §.1.comm.5. ex nu.8. & alter Ioan.Bapt.Cæsar p.2.cons.52. Marc.Anton. Nata cons.421.p.2.nu.4. Grasus de succes.§.institutio q.7.nu.9. Moheda.tit.de donat.decis.1.Rotæ Romanæ, & eius addictionator, qui solum limitat ratione alimentorum ex cap.cum 104
haberet, de eo qui duxit matrim. Faquin.lib.3.cons.97. Bursat. cons.83.p.1.

Y esta incapacidad delos hijos expurios para no poder suceder a sus Padres es mucho mas estrecha en nro caso, por ser el dicho D.Baltasar avido y procreado ex vxorato, vt inferius apparebit.

Ex hac igitur resolutione se infiere, que asi como el hijo expurio es incapaz de succeder a su padre, ita etiam sit nepos ex eo 105
descendens: & probatur ex sequentibus. Primo quia appellatione parentis comprehenditur avus, ex l.Quique 5.Parentem ff.de insvocando. L.appellatione ff. de verb.signif. Parlad.lib.3.different.91.n.4.

Secundo quia exclusa vna persona, vel succedere prohibita estan excluidos todos los descēdientes della. Vnde excluso patre 106
expurio debet excludi nepos expurius ex eo descendens. L.si viva matre C.de bonis maternis. L.illam.Cod.de collat.vbi Bald. Dec.cōs.85.n.9.Parisi.cōs.29.n.47.Crabeta cōs.183.n.2. Mier. de maiorat.p.2.q.2.nu.82.D.Castillo lib.5.Controv.c.103.n.14: congerit multa ad probandum quod nepos legitimus ex patre expurio (que es en mas fuertes terminos que en los nuestros) no puede succeder en el Mayorazgo, en que no se admite el padre expurio propter vitium expurietatis: y la razon es, quia filius nō debet esse melioris conditionis quam eius pater. Cefalus cōs.46. n.7.lib.1. Mier.supra n.83.cum relatis per eum.

Rursus, quia cum extremum, à quo quis descendit, sit inhabile impedit coniūctionem alterius extremi, scilicet filij, qui suc- 107
cedere intendit: extrema enim vitiosa non coniunguntur, L.bonorum ff.rem ratam haberi. Vnde cum pater est expurius & hac ratione incapax ad succedendum, filius ex eo descendēs rejicitur à succesione avi. Mier.de maiorat.vbi sup.n.90.quia destructo medio, propter quod pervenitur ad extremum, vel finē, finis, vel dispositio in extremo tollitur. Ex Imola in l.qui habebat ff. de vulgari: qui allegat Bal.& Rolan.& Bursat.cōs.97.n.8.lib.1.

Vlterius, quia succesio non fit per saltus; & ideo nullus ad-

 mittitur

108 mittitur ad ſuccedendum, niſi præcedens gradus ſit ſucceſſibilis:
Ita tradit Becius conſ.138.n.8.lib.2. Deſtructo enim ordine deſ-
truitur ordinabile; l. tria prædia ff. de ſervit. ruſtic. & quia tranſ-
miſsio fieri nõ poteſt, cum perſona media, per quam fieri debet,
eſt inhabilis ad tranſmiſsionem: vt ex Paulo de Caſtro, Crabe-
ta & alijs refert idem Becius ſupra n.7. D.Caſtillo dicto c.103.
Controv, dicto n.15. verſ. *Deinde & ſecundo, & verſ.3. comprobat.*
Tertio probatur principaliter hæc ſententia ex his quæ tra-
dit Pelaez de Mier.2.p.de Maiõrat.q.2.n.84. quia forma & ori-
109 go quæ à radice deducitur in quolibet derivatur. L. in ratione 1.
§. ſi à filio, ibi: *Formam & originem* ff. ad legem falcidiã, L. Quid-
quod. in principio de donat. l. Tutor ff. de fideiuſſoribus. Et
corruptũ in radice corruptũ eſt in conſequentia. Bald. in l. Qui
rem. Cod. locato. Et quia excluſa radice excluditur quidquid ab
110 ea provenit: ſecundũ eundem Bal. in l. Maximum vitium Cod. li-
beris præteritis, Menoc. cõſ.172. lib.2.n.3.&4. Peregr. de fideicõ,
art.27.n.6. Et omne quod deducitur per medium ſapit naturam
medij, ſi illud medium ſit naturale, & non ſimpliciter inſtrumẽ-
tale: quia per medium ſpecificatur, & naturatur. Notat idẽ Bal.
in cõſ.389. in princ. lib.2. & ideo principiũ & origo vitioſa deriva
tur in deſcendentes ab expurio in quocũque grado exiſtẽtes; &
111 proponit exemplum dictus Mieres vbi ſupra n.88. Veluti ſi quis
ſeminet ſemen malum, quia omne illud quod ex ſemine naſci-
tur malum eſt, & eodem vitio infectum. Vnde idem D.Caſtillo
dicto lib. Controv. cap.67.n.31. en confirmacion deſta doctrina
refiere la de Baldo in l. fin. Cod. de verb. ſignif. n.4. tenẽtis quod
112 filij baſtardi non ſunt de domo, nec continentur appellatione do-
mus: qui tamen ſunt filij primitivi, id eſt primus amor, & quod
ſic multo minus continentur nepotes eorum, etiam ſi ſint legiti-
mi, quia nulla conſequẽtia poteſt eſſe legitima ex illegitimo naſ-
cendi principio & radice corrupta: & quod ſicut primus amor
eſt contra bonos mores, ſecundus derivatus ad nepotes ſine pec
cato originali eſſe non poteſt: & qui primitiva inficit derivata
vituperat. Et Baldum ſequitur Decius conſ.335.n.1. & Mier. ſu-
pra dicta q.2.n.121. Quod comprobatur ex traditis per Roderi-
113 cum Suarez in l.1.tit.6. de todo home. lib.3. fori. nu.19. verſ. *Eſt
verum quod textus.* Vbi excitat in proprijs terminis quæſtionem
noſtram; vtrũ prohibitio reliquẽdi expurijs intelligatur quoad
filios expurios tantùm, an etiam ad nepotes expurios eorum? Et
inter alia media quæ proponit ad probandum quod extendatur
ad dictos nepotes, dize eſtas palabras; *Maximè quia vbi nepos eſt*

expurius

expurius natus ex filio expurio fœditas complexus causata in filio non est purgata in nepote, sed continuata, & verè tunc videtur natus ex complexu reprobato: & cuiuscumque personam inspicimus siue filij, siue nepotis fœditatem inuenimus & vitium: & causa impediens cohaeret testatori, qui prohibetur perpetuo odio, & perpetua fœditate dānatrecitus quoad se: quae fœditas non purgatur natiuitate nepotis, & sic nepos iste quoad auum procedit ex damnato complexu, & extremum sapit naturam medij, per quod peruenitur ad ipsum causaliter & effectiue. & procedere dicitur ab aliquo non solum filius, sed nepos, & reliqui descendentes: ergo cum hoc verbum, procedere, sit indefinitum bene potest ad nepotem porrigi. Et per hæc fundamenta Bal. in l. Gallus §. quidam recte. n. 13. vers. vlterius extra. tenet apperte contra Imolam & Alex. licèt per illos non allegetur, quod nepos expurius ex filio expurio non posset institui ab auo; & quod secundum eum, vitium quod est in radice naturali transit ad posteros, vt patet in Adam, & probatur in l, Diui fratres ff. de iure patron. &c. Y por esta misma opinion y sentencia refiere Ioan. Bap. Lupus in tt. de illegitimis comm. 1. §. 5. n. 157. a Baldo in cons. 61. n. 3. lib. 1. & cons. 406. n. 2. lib. 3. Bertrando cons. 187. lib. 3. Curt. Iuni. cons. 84. n. 5. Anton. Gabr. lib. 4. comm. tit. de hæredibus instituti. conc. 3. n. 14.

Quartò facit pro hac parte principaliter, la clausola de la fundacion del dicho Mayorazgo, en que se manda que el posseedor 114
del deferat insignia, nomen, & arma fundatoris, vt cōstat ex tenore illius. ¶ *Quiero y es mi voluntad, que todos los llamados para este mi Mayorazgo, sean obligados, e yo desde luego les obligo a que han de traer el Apellido y Armas de Salcedo y Narbaez, aunque èste Mayorazgo venga a succeder en hembra, &c.* Y los nietos expurios y bastardos non dicuntur de domo & familia parentum, & ideo portare nequeunt prædicta insignia & arma, & minus succedere in dicto maioratu, quia nō possunt adimplere gravamen cōditionis portationis & delationis nominis & armorum. Ita tradit Mier. de maiorat. q. 2. p. 2. ex n. 24. & 98. ex Beroio cons. 176. n. 65. lib. 2. Et idem Mier. n. 111. defendit, q̄ este gravamen de traer el Nombre y Armas de los Fundadores de los Mayorazgos es vàlido, ex 115
Guidone Pape decis. 251. & ex alijs quos refert; Nicolàs Garcia tradit eandem sententiam in tt. de benef. 2. tom. p. 7. c. 15. nu. 36. & D. Castillo lib. 5. Controv. Iuris n. 31. c. 67. vers. comprobatur deinde; qui pro hac opinione refert Molinam, Menoc. Peregrin. Gregor. Lopez, Anton. Gomez, Roxas, & alios.

Sed his omnibus graviter obstat Textus in l. final Cod. naturalibus liberis, en que ponen toda la fuerça los que tienē la contraria

traria opinion: Nepotem, scilicet, spurium succedere posse avo paterno. Verba Imperatoris sunt hæc: *In omnibus itaque talibus*
116 *dubitationibus cum nulla legitima consequentia in huiusmodi personis custoditur; sed interuentu sobolis naturalis nullum ius legitimum subesse. Vt necessitas relinquendi aliquid eis ex legibus immineat: liceat eis quātum voluerint suæ substantiæ in eos conferre, scilicet nulla legitima sobole subsistente. Filijs etiam naturalibus relinqui constitutiones quantum voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternū refrænandum esse existimauerunt. In nepotibus autem non eadem obseruatio in præfatis speciebus custodienda est, vbi legitima soboles minimè facit impedimentum. Sed hoc in his tantummòdo casibus sancimus, in quibus voluntate aliquid consecuti sunt. Iura etenim ab intestato in aui successionē nemini eorum penitus aperimus &c.* Por las quales se movieron a defender la dicha opinion contraria los DD. que refiere Rodrigo Iuarez supra l.1. tit. 6. Todo home. lib.3. n.19. vers. Adde.

Pero si cum iudicio perpendantur dicta verba minimè adaptari possunt successioni nepotis expurij, cum hic ex persona propria sit odiosus â iure, & prohibitus succedere avo, vt supra pro-
117 batum est. Y asi se han de entender in nepote legitimo, aut saltim naturali genito ex patre naturali, in quo cessat prædictum odiū, & ratio prohibitionis: vt patet ex principio dictæ l.fin. ibi: *Volebat enim tali naturali nepoti ex suo legitimo filio iam defuncto primogenito totam suam substantiam relinquare.* Et inferius ibi; *Huiusmodi autem dubitatio, & in alia dubitationis specie ventilata est, quid enim si ex naturali filio nepotem habeat auus legitimum patri suo, vel naturalem.*

Inde fluit doctrina Bartuli in l. Qui superstitis 93. nu.2. ff. de
118 adqui: hæred. que dize, que quando el hijo venit iure suo, & ex propria persona ad succedendum no le obsta la incapacidad del Padre; pero q̄ estonces le obsta quando quiere succeder ex persona patris, seu alterius qui habeat incapacitatem. Quam doctrinam alijs pluribus exornat Mieres de maiorat. vbi supra 2.p.q.2 n.78. & D. Castillo lib.5. Controv. cap.103. n.8. & n.25. Donde dize pro incerpresatione regulæ l.si viva mater. Cod. de bonis maternis, quod exclusa vna persona censeantur exclusæ omnes descendentes ex ea, que estonces procede y â lugar la dicha regla quando filij, aut descendentes veniunt ad succedendum ex persona patris, vel alterius ascendentis per representationem, tanquam ingredientes eorum locum & gradum, aut ex trāsmisione; secus autem quando veniunt ex persona propria, quia tunc admittuntur, nec attenditur impedimentum incapacitatis paternæ.

ternæ. Y prueba su interpretacion ex doctrina Bart. in l. 1. §. si sit nepos. Cod. de collat. dotis: & in l. 1. §. si sit filius ff. de coniungen. cum mancipa. liber: & ex Baldo, Socino Sen. Fulgoss. Iacobo Mand. Hon de Deo, & ex alijs quos refert supra, & etiam in lib. 3. Controv. cap. 15. ex n. 70.

Vnde cum in dicta l. fin. nepos legitimus, seu naturalis succedebat avo non representata persona patris expurij, sed ex propria persona, quæ capax est ad succcisionem per dispositionem iuris, quæ favet filijs legitimis: ideo nepos legitimus, seu naturalis admittitur ad succedendum avo, & ad capiendum quidquid ab eo ei relinquatur, sin que le obste que su Padre fuese expurio e incapaz de succeder. 119

Y a estos mesmos terminos se reduce la doctrina de Bartulo in l. Gallus §. quod si is, ff. de liber. & posthu. distinguentis in hoc casu circa interpretationem Glossæ dictæ l. fin. Cod. de natural. quod aut constat que por contemplacion del Padre se le dexô alguna cosa al nieto legitimo ex filio naturali por su Abuelo, & tunc non valet talis dispositio, nec nepos capere potest illam rem, quia non capit ex persona propria, sed patris; quod secùs affirmandum est cum capit iure suo, & non ex persona alterius: vt refert, & sequitur Rodrigo Iuarez vbi supra dicta l. 1. tit. 6. lib. 3. n. 16. in fine. 120

Ex his ita traditis resulta la verdadera resolucion de nuestro caso, si quidem el dicho Don Baltasar no solo no es nieto legitimo ex patre expùrio, pero es nieto expurio ex patre expurio, & adulterino ex parte matris, como lo tiene confesado en los Autos deste Pleyto. Y quando se le conceda, sine periudicio veritatis, que tubiera llamamiento de su Abuelo pretenso para succeder en este Mayorazgo, no lo tiene respecto de su persona, sino per contemplacion de Don Fernando de Salcedo, que pretende ser su Padre; vt patet ex verbis clausulæ supra relatæ, ibi: *Y de la mesma manera los àn de tener y posseer sus hijos legitimos y descendientes procreados de legitimo matrimonio, y a falta dellos los àn de aver sus hijos qualesquier que sean legitimos, o no legitimos*. De las quales se colige con evidencia, que el dicho llamamiẽto de Don Baltasar, como tal nieto expùrio y adulterino saltim ex parte patris, procede non ex contemplatione ipsius, sino del dicho Don Fernando como persona mas dilecta. Y asi no solo no le favorece la disposicion de la dicha l. final, C. de natural. liber. sino antes le obsta derechamente in illis verbis: *Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones prohibuerunt, quia vitium paternũ refrenandum existimarunt. In* 121 122

 nepotibus

nepotibus non eadem obseruatio, &c: pues es llano que corre en los nietos la misma raçõ, de que *expedit frænare vitium paternum*, quando por contemplacion de sus Padres se les dexa algo a los nietos por sus Abuelos. Y lo sintiò asi Ioan Baptista Lupes de illegit. & natural. com. 1. §. 5. n. 158. ibi: *Vnde secus est vbi auus reliquit, aut donauit tali nepoti contemplatione patris sui expurij, quia tunc non valeret dispositio, quomodocumq; appareat expresse, vel tacite de hac contemplatione; vt scribit Beroius quest. famil. 127. n. 1. Socin. Iunior cõs. 16. n. 3. lib. 4. Vbi ad hoc affert plures cõiecturas ad demonstrandam hãc contemplationem.*

Y es muy singular conjectura para el proposito, la que escri-
123 be Peregrino de iure fisci. tit. 18. n. 48. quando talis nepos est infans, aut pupillus, in quo merita versus avũ considerari nequeũt: ex Gab. comm. opinion. tit. de hæredibus instit. conc. 3. n. 6. Menoc. cons. 511. n. 9. volum. 6. Pet. Surdo de alimentis tit. 5. q. 7. n. 25. y es individual para la decisiõ de nuestro caso, pues el dicho Don Baltasar al tiempo de la fundacion del dicho Mayorazgo no era nacido: y asi no se pudieron considerar meritos de su persona respecto de su pretenso Abuelo, como consta de los Autos.

Y esto se confirma con que el dicho Fundador solamente admite para la succesiõ del dicho Mayorazgo a los hijos ilegitimos del dicho Don Fernando, y los excluye en los demas llamamiẽ-
124 tos y succesiones de los demas nombrados, dispuniendo q̃ ayan de ser, y sean legitimos nacidos y procreados de legitimo matrimonio, como consta de las palabras de la dicha Fundacion, ibi: *Y en este caso faltando la dicha descendẽcia llàmo al dicho mi Mayorazgo a los hijos y descendientes de Iuan de Narbaez Salcedo mi Hermano, con que sean legitimos y de legitimo matrimonio, y no legitimados*. Y poco mas abaxo dize asi: *Y faltando los descendientes del dicho Ioan de Narbaez mi hermano suceeda en el dicho Vinculo y Mayorazgo Diego de Salcedo de Torres mi sobrino, y sus descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio*. De donde se concluye que el nombramiento de nieto ilegitimo, de que se vale el dicho Don Baltasar, se hizo por contẽplacion de la persona de Don Fernando de Salcedo su aserto Padre, y no por su persona.

Adhoc autem insistit fortitèr el dicho Don Baltasar en que su llamamiento de tal nieto ilegitimo, siendo como es ex testamẽ-
125 to, & non ab intestato per dictam l. fin. Cod. de natural. lib. â de aver lugar en los Maiorazgos de España, y que pudo, y quiso llamarlo el dicho Fundador: y para esto le puede valer de la doctrina de Azebedo in l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 47. donde afirma

por do-

por doctrina del D. Molina de Primogen. y de Greg. Lopez, que el nieto expurio puede ser llamado a la succesion del Mayorazgo por su Abuelo per hæc verba Acebedij: *Et Molina id intelligit dicto cap. 11. n. 33 lib. 2. quoties maioratus instituitur à patre, tunc enim non potest vocare filium expurium ad illum; sed si ab alio quàm à patre secùs est: Vt per eundem Molinam lib. 1. cap. 13. n. 16. & Gregor. Lop. verbo la manda l. 10. tit. 13 par. 3. vbi inquit: quod ab auo potest nepos expurius vocari ad maioratum, quoniam ab eo potest heres institui, legitimis non existentibus.* Pero para responder a la doctrina de Azebedo, y las del D. Molina y Gregorio Lopez tan soficientemente 126
como se requiere es necessario asentar, que aunque se concediesse el dicho llamamiento (que no se concede) y que el Fundador del dicho Mayorazgo le quiso llamar, y llamàse al dicho Dõ Baltasar sub expressione illorũ verborum *legitimos, o no legitimos,* con todo eso no pudo ex defectu potestatis, y fue nullo el tal llamamiento, como hecho contra derecho, por el qual se le prohibe al Abuelo poder llamar al nieto expurio a la succesion de los dichos Mayorazgos de España, segun y como se le prohibe tã bien al Padre de poder llamar al hijo expurio a la dicha succession. Y lo vno y lo otro resolbió con mucha erudicion y claridad Domi. D. Castillo lib. 5. Controv. Iuris, & de coniecturis vltim. volunt. 2. p. c. 67. n. 31. in illis verbis: *Obseruandum atque constituendum est indubitati iuris esse in persona filij expurij non posse primo-* 127
genium, nec vinculum institui, cum expurius ex nullo genere dispositionis possit ad succesionem bonorum parentis admitti, imo incapax sit successionis eius, siue ex donatione, siue ex vltima voluntate, siue ex primogenio, directè, neque indirectè, neque per mediam personam alterius, neque alio colore quæsito; atque ita neque ex sustitutione vulgari, seu fideicommissaria potest aliquid à parente accipere: quod ne dum procedit in maioratu ex Legum Regiarum decisionibus facto, verumetiam nec in eo quod Regia facultate instituitur, etiamsi vocatio expurij fiat post omnium legitimorum descendentium vocationem, &c. Y el mismo D. Castillo lo resolbiò tambien con mas expressión en el Padre, y en el Abuelo, y otro 128
ascendiente en el lugar referido declarãdo otro del mismo Azebedo in d. l. 11. tit. 6. lib. 5. n. 48. donde dixo: Que aũque sea verdad quod in dubio non censeatur vocatus expurius ad maioratũ; pero si consta lo contrario ex mente testatoris, que podrâ succeder. Prosequitur dictus Castillo per hæc verba; *Et quatenus inquit Acebedius vbi supra nu. 48. In dubio non videri vocatum expurium, nisi probaretur aliam fuisse mentem testatoris, iuxta traditiones Ludou. Mol. temperari, atque intelligi debet, nam si proponatur maioratum à pa-*

rente,

rente, vel ascendente paterno factum fuisse, tunc equidem nec in dubio ex coniecturis, neque etiam ex clara & expressa dispositione admitti poterit, cum nullo modo neque expressè, neque tacitè, neque directè, neque indirectè ex dispositione parẽtis capere possit expurius. Vbi notanda sunt verba illa *à parente, vel ascendente paterno.*

Supuesta ésta verdad no haze fuerça el primero lugar que se
129 truxo de Azebedo por parte del dicho Dõ Baltasar in d.l.11.tit. 6.lib.5.recop.n.47. donde ex traditis per Ludovi.Mol.lib.1.de primog.cap.13.n.16.& Greg.Lop.verbo la mãda d.l.10.tit.13. part.6.scripsit quod ab avo potest nepos expurius vocari ad maioratum; porque se respõde, que el D.Molina en el lugar citado no dize tal cosa; antes significa sentir lo contrario: sus palabras son éstas. *Potest namq; expurius ad successionem maioratus vocari ab extraneo, seu alio quolibet agnato transversali, licèt enim à successione parẽtis excludatur.* Y ésta mesma doctrina sigue tambien dictus Castillo in loco supra proximè allegato, ibi *Si vero à cognato, vel cõ-*
130 *sanguineo cum Regia facultate, vel sine ea maioratus institutus sit, verum equidem erit etiam tunc expurium vocatum non censeri in dubio; ex coniecturis tamen quæ manifestæ & concludentes sint, vel si probetur eam fuisse mentem institutoris maioratum admitti posse; remanet igitur expurios maioratus successione incapaces esse regularitèr.* Y en ésta conformidad procede, y se debe entender lo que el mismo Luis de Molina escribió lib.2.de primog.c.10.n.33.en este mesmo proposito, ibi: *Sed & hæc quando à patre in persona filij expurij primogeniũ instituitur:*
131 *si verò ab alio cognato, vel agnato, vel extraneo id primogenium instituatur, siue ex facultate legum Regiarum, siue ex Regia facultate potest eius institutor expurium seruato ordine ad eiusdẽ primogenij successionẽ vocare.*

Et eodem modo temperari debet quod tradit idẽ Azebedius ex loco Greg. Lop. in d.l.10. porq̃ no dize Gregorio quod avus
132 potest vocare nepotem expurium ad maioratũ, sed tantùm quod avus potest ei donare, vel relinquere: ex Glos. in d.l.fin.Cod.de natural.lib. lo qual se debe entender en terminos àbiles, scilicet ratione alimentorum, y no de otra manera: vt supra traditũ est à nobis n.104. Y en el mismo sentido se à de entender quod idẽ Azebed.scripsit cons.24.n.17. quod maioratus licèt non possit institui in filio expurio, ab alio autem quam à patre benè posse:
133 se à de interpretar, non ab avo, seu alio ascendenti, sed ab alio consanguineo transversali, cognato, vel agnato, vel extraneo. Y aun en este caso, quando vocatur á consanguineo transversali ad maioratum, à de ser nõbrandole por nombre de expurio expressamẽte, y no bastarà debaxo del nõbre y apelaciõ de qualesquier ilegiti-

ilegitimos: vt tradit Azebed. dicto cons. 24. n. 17. & 37. ibi: *Debet tamen expressè vocari, aliter enim expurius nõ censetur vocatus, etiam si illegitimi vocētur: vt dixi in l. 11. tit. 6. n. 44. lib. 5. & docet Rolan. cõs.* 134
87. *n.* 14. Y como consta de la clausula del Testaméto y fundacion del dicho Mayorazgo, que queda referida n. 121. no llama a los hijos y descendientes expurios del dicho Don Fernando; sino solo dize: *Qualesquier que sean legitimos, o no legitimos.* De dõde resulta claramente la exclusion del dicho Don Baltasar para no poder succeder en el dicho Mayorazgo.

Inde etiã resultat la verdadera interpretació de las palabras, que ordinariamente vienen insertas en las facultades reales para hazer Maiorazgos, ea scilicet, *In quascumq; personas*; quæ quamvis 135
concedere videantur liberam facultatẽ para hazer el dicho Mayorazgo in quamcũque personã quocũque natalium vitio laborantẽ; nihilominus tamen verba illa, & si generalia sint, ad personas habiles referenda sunt, & nõ ad inhabiles & incapaces, neque ad expurios extendenda: vt ex multis iuribus tradit Lodov. Mol. de primog. Hispan. lib. 2. cap. 11. n. 30. & Azebed. in d. l. 11. tit. 6. lib. 5. n. 47. Burgos de Paz in quæstion. maiorat. q. 3. n. 43. Roxas de succes. ab intest. c. 20. n. 115. & Castillo lib. 5. cõtrov. c. 67. n. 34. col. 3. vers. 2. post prin. Mier. de maiorat. p. 1. q. 1. n. 146.
quia dictiones vniversales vbicumque possunt aliquid operari, 136
numquam operantur habilitatem inhabilium, l. 1. §. quod ait præ prætor: vbi Bart. ff. qui satis dare cogan.

Rursus infertur ex supra dictis non benè scripsisse Alciatum cons. 24. n. 8. lib. 9. & cons. 42. n. 2. quod si testator dicat (si decesserit sine filijs legitimis & naturalibus, vel quocumque modo 137
venientibus) quod ex mente & verbis testatoris continẽtur expurij filij: vt arguit contra eum Card. Mant. tt. de coniect. vltim. volũt. lib. 11. tit. 9. n. 25. & 26. quem sequitur Mier. de maiorat. d. q. 1. n. 105.

Deducitur etiam tũc demũm expurium vocari posse ad maioratum per parentem quando illum vocavit in subsidium, defi- 138
cientibus scilicet omnibus consanguineis legitimis: vt resolvit D. Castillo d. lib. 5. Controv. iuris c. 82. n. 50. vers. Nihilominus, ex fundamentis traditis per Pelaez de Mieres de maior. 2. p. q. 2. n. 134. Y nosotros no estamos en este caso, porq̃ ay descẽdientes legitimos, y de los llamados al dicho Mayorazgo: como son los dos litigãtes en este Iuyzio possessorio cõtra el dicho D. Baltasar.

Denique se concluye este segundo Punto con q̃ el susodicho no solo es expurio, como pretende, sino tambien adulterino por

I parte

139 parte de su pretenso Padre, por averlo avido de dañado y punible ayuntamiento de la aserta Doña Melchora su madre, siẽdo casado con Doña Mariana de Godoy su legitima muger: y por esta causa viene a ser excluido totalmente de la succesion del dicho Mayorazgo: porq̃ natus ex vxorato patre, licet ex soluta matre, dicitur habitus ex cõplexu damnato, & punibili, & insucce-
140 sibili patri & avo: y se prueba del cap. Nemo 32. q. 4. in quo statuitur vxoratum cõmittere adulteriũ cum soluta: tradit Abbas in cap. ex transmissa de eo qui cogno. consang. vxoris: & in cap. vltim. de adult. Deinde quia maritus vxori iniuriam irrogat per huiusmodi complexum, & sic est punibilis per legẽ exteriorem, vt cõstat ex l. 24. tit. 3. lib. Ordinam. Regal. ibi. *Y por esto el Rey Don Ioan nuestro Visabuelo en las Cortes q̃ hizo en Soria y Bribiesca puso por ciertas leyes penas contra el casado que publicamente tubiese manceba*; & sic tenet Bal. in l. 1. Cod. de adulterijs, & Didac. Per. in dicta l. 24 verbo las mancebas de los casados, y alega al Texto in c. de consanguinitate 35. q. 2. ibi. *Laicus vero vxorem & concubinam habens non cõmunicet Ecclesiæ*. Probatur etiam in l. 10. tit. 13. part. 6. donde se prohibe la succesion a los hijos nacidos ex fornicatione, en los bienes de sus padres. Y Greg. Lop. explicando, Qui sint hi habiti ex fornicatione? dize que son aquellos q̃ nacen de tal ayuntamiento, qui coniungalis esse non potest, accedente etiã consensu fornicantiũ: y Covarrubias in 4. 2. p. c. 8. §. 5. n. 3. repite las mis-
141 mas palabras pro explicatione dictæ l. Partitæ: & in n. 16. eiusdem §. 5. afirma que el dañado ayuntamiento es aquel qui punitur aliqua lege exteriori & humana, ex Tex. in §. fin. Authent. quibus mod. natural. effic. sui. Bart. in l. fin. col. 2. ff. de his quibus vt indignis: y q̃ èsta es sentencia recebida de todos, & ipse eam sequitur, & etiam Pelaez de Mier. de maiorat. 2. p. q. 2. n. 153. y 154. & Pet. Surd. decis. 249. n. 19. donde testifica, q̃ asi se pratica, por ser èsta opiniõ la mas verdadera; y la siguen tãbien Gozadino, Albano, y Menoc. quos refert Peregrin. de iure fisci lib. 3. tit. 18. n. 35. & 36. Y dize, q̃ aviendo succedido este caso obtubo en el, y se declarò por el Senado, hũc sic natum esse insuccesibilem quoad patrem, quia huiusmodi concubitus Iure Civili est reprobatus, & tales inde nati incapaces redduntur: ex iuribus per eũ adductis. Y la misma doctrina sigue Guidon Pape decis. 280. y afirma tambien ita decisum fuisse in Delfinatu. Y lo mismo se â de juzgar y observar en estos Reynos por la auctoridad y dispo-
142 sicion de nuestra ley Real 10. tit. 13. Part. 6. que expresamente los excluye, como lo defiendẽ Covarr. y Greg. Lop. in locis supra allega-

allegatis. Et novissimè ita observari per d. Legem Partitæ testatur Yañez Parlad. q. 10. quotidian. quæst. lib. 3. differẽ. vbi exclamat, quàm lubrica sit & incerta iuris conditio, quæque etiã eruditissimos fallere soleat, cum multis alijs exẽplis, tum ex nostro; pues siẽdo tan llano q̃ los expurios nacidos ex dãnato coitũ excluduntur ab hæreditate paterna per dictam legem Regiam 10. tit. 13. Part. 6. & alia iura Civilia: adhuc tamẽ Palacios Rub. & Anton. Gomez. & Matienc. scripserunt posse patrem, qui filios legitimos non habeat, instituere hæredem eum, quem cõstante matrimonio ex cõcubina soluta habuit. Pero que su opinion remanet condemnata por la dicha Ley Real. 10. Part. y que en tãto grado es reprobada en practica, que se alcança con grãde dificultad dispẽsaciõ, o legitimaciõ del Rey para el expurio nacido ex vxorato & soluta: de dõde se colige q̃ sin ella es insuccesible. 143

Y no obsta a esta resolucion que Don Fernãdo de Salcedo su pretenso Padre fue avido de punible y dañado ayuntamiẽto ex muliere coniugata, y asi adulterino, y que sin embargo le llamô Don Christobal de Narbaez su Padre a la succesion deste Maiorazgo, y q̃ lo tubo y posseyó hasta que moriò; porq̃ se responde, q̃ 144 segun tiene alegado el dicho Don Baltasar, y confesado en los Autos deste Pleyto, el dicho Don Fernãdo alcãçò legitimacion del Rey nuestro Señor para poder suceeder, sin la qual es llãno que no podia suceeder en el dicho Maiorazgo, y ésta fue personal, y se extinguiò con su persona: ex iuribus ordinarijs, en quãto a sus hijos espurios, segun la doctrina de Covar. in 4. p. 2. c. 8. § 10. n. 5. Y la consequencia que el quiere inferir de lo dicho para su persona no tiene fundamento, porque ni puede alcançar la dicha dispensacion de su ilegitimidad, ni menos su Magestad concedersela en perjuycio de los llamados por el Fũdador al dicho Mayorazgo: ad tradita per eundem Covar. vbi supra d. cap. 8. §. 145 9. n. fin. in fine. De todo lo qual resulta, q̃ el dicho Don Baltasar es incapaz para poder succeder en los bienes deste Mayorazgo.

Tertius Articulus.

PRETENDE Don Gomez Patiño por cabeça de Doña Iacoba de Mercado y Salcedo, residente en Indias, q̃ dize ser 146 Sobrina de Christobal de Narbaez Salcedo Fũdador del dicho Maiorazgo, y Muger del dicho Don Gomez, que es la legitima succesora en el dicho Mayorazgo, y en quien se transfiriò la possesion civil y natural del por muerte del dicho Don Fernando Salcedo su vltimo posseedor: y para ello se vale de la clausula

de la

de la dicha fundaciõ, q̃ dize assi: ¶ *Y en este caso faltãdo la dicha descendencia mia asi de varones como de hẽbras, llamo al dicho Mayorazgo a los hijos, y nietos, y descendientes de Iuan de Narvaez Salcedo mi hermano, que muriò en los Reynos del Pirù, con q̃ aquellos sean legitimos, y de legitimo matrimonio, y no legitimados, prefiriendose siẽpre el mayor al menor, y el varon a la hembra, &c.* Y en virtud del llamamiento cõprehendido en la dicha clausula dize, q̃ la dicha Doña Iacoba es hija legitima del dicho Iuan de Narvaez Salcedo, y que tiene primero llamamiento al dicho Mayorazgo antes que el que pretende Dõ Alonso de Çarçosa Narvaez, por ser posterior al suyo.

Pero quando se le confiese el tenor de la dicha clausula, se le
147 niega al dicho Don Gomez la identidad de las personas, y q̃ no
son las cõtenidas en ella las q̃ el pretende, y que asi no tiene derecho para la succesion de los bienes del dicho Mayorazgo; porque el juizio no se puede fundar nisi cum persona habili: Bal. in l. cum debitoris in princip. Cod. de Iureiurando: & sic ante omnia legitimari oportet persona agentis l. 1. & 2. ff. Qui legitim. person. stãdo in iudic. habent. l. acta ff. de re iudic. l. si quæramus vbi scribentes ff. de testam. Monte alegre in praxi de exercit. pract. actionum. lib. 1. c. 5. in princip. Vnde fluit illud vulgare dictum Baldi in l. 1. Cod. quorum legat. nomine: *Nihil tibi prodest instrumentũ, quia non loquitur de te:* quod in ore pracmaticorum frequẽtissime versari testatur Parladorius lib. 2. rerum quotidian. c. fin.
3. p. in prin. Y q̃ la legitimacion de las personas, etiam in causa
148 possessionis maioratus, & in iudicio summario, sea necesaria, lo resuelbe Pelaez de Mier. tt. de maiorat. 3. p. q. 15. n. 136. ex Glos. in l. 2. Cod. de edicto Divi Adriani, que dize que es comunmẽte recebida de los Doctores, y refiere muchos en su aprobacion.

Y el dicho Don Gomez no à legitimado como debe la persona de la dicha Doña Iacoba, ni q̃ sea la maior de edad, ni q̃ no tubiese hijos varones el dicho Iuan de Narbaez Salcedo, como era necesario probar, pues los varones son preferidos a las hembras; porq̃ muchos de los papeles presentados por su parte, como son el Poder q̃ dize tiene de la dicha Doña Iacoba para esta pretension, y las informaciones fechas en Indias de q̃ està casado
149 con ella, son traslados de traslados, a quiẽ no se les dà fè, ni credito; ad tradita per Covarru. c. 21. pract. quæst. ex n. 2. Demas q̃ las dichas informaciones se hizieron en la Ciudad de Lima, y no en la de Cuenca, lugar q̃ dize es originario de la dicha Doña Iacoba, y donde siẽpre à vivido, y pretende averse casado, q̃ se hazen sospechosas por ser fechas en Regiones remotas: ex traditis

per

per Yañez Parlad. lib.2. rerum quotid.c.fin.1.p.§.11.n.16. Demas que las Informaciones fechas en España tābien se hazē sospechosas por aver testificado en ellas vn esclavo del dicho Don Gomez, incapaz de Derecho para aver de darsele fe: ex Tex.in l.quoniam liberis.C.de testibus, cũ aliis congestis per Prosp.Farin.in praxi de oposit.contra person.testiom.q.55.n.165.cũ sequentibus. 150

Y Fray Baltasar de Arabes Frayle Lego que dize ser de la Orden del Señor S.Frācisco, declara q̃ es de edad de treinta años, y que conociò en la Ciudad de Cuenca en Indias al Capitan Ioan de Narbaez Salcedo, hermano del Fūdador del dicho Mayorazgo: lo qual es falso notoriamente, porq̃ muriò el dicho Capitan Iuan de Narbaez mas de veinte años antes q̃ el dicho testigo naciese, como consta de su Testamento, y del dicho del primero testigo q̃ dixo en la Villa de Madrid, q̃ se dize Ioan de Vrquiça, que testifica que el año de 1580. fue a Cuēca, e ya era muerto el Capitan Iuan de Narbaez. 151

Y asi a semejantes testigos no se les dà fé, ni crédito: vt colligitur ex dictis per Farinacium loco supra allegato.q.67.§.3. ex nu.58. Y otros testigos por las circunstancias que se coligen de sus deposiciones se hazen tambien sospechosos, para que no se les aya de dar entera fè. 152

Concurre cō esto, que como advirtiò eruditamente el D.Villadiego en su Politica fol.mihi 262.n.162. dos cosas principalmente se requierē para que passe la possesion del Mayorazgo en el siguiente en grado por muerte del vltimo posseedor. La vna, q̃ los tales bienes sean de Mayorazgo: la otra, que el que pretēde aver pasado en el la possesion de los bienes del dicho Mayorazgo sea sin ninguna duda llamado a el despues de la muerte del vltimo posseedor. De lo qual à de constar primero por liquida y plena probāça, porque esto es calidad requisita y essencial de la Ley: y en tal caso debe constar dello ante todas cosas, por bastāte probāça: vt in l.Divus l.Titius.ff.de testam.militis.Ioan.Lup. in l.45. Tauri n.2.& 3. Y aunq̃ en quanto a lo primero â satisfecho bastantemēte el dicho Dō Gomez por aver presentado Escriptura authentica de la fundacion y bienes vinculados del dicho Mayorazgo en los autos deste Pleyto, no à cumplido con lo segundo, ni probado como debia con liquida y plena probança q̃ la dicha Doña Iacoba de Mercado sea la inmediata succesora del dicho Mayorazgo post mortē vltimi possesoris, como queda advertido arriba n.149. y se manifestarà mas en este Discurso. 153

Præterea requiritur, que aūque sea cosa asentada y recibida, que se transfiere la possesion del Mayorazgo in sequentē vocatū 154

 per

per ministerium legis absque aliqua acceptatione tam in absentem, quàm in ignorantẽ, vt refert Pelaez de Mier. de maiorat. 3. p. q. 13. quem sequitur Ildefonsus de Villad. loco super. Politicæ. n. 159. fol. mihi 261. sub titulo *Si es necessária acceptation del sucesor en el Mayorazgo*. Nihilominus tamen talis succesor debet petere tenutam & possesionem bonorũ maioratus apud iudicem, vt cõfirmetur in ea: vt affirmat ipse Villad. d. nũ. 159. ibi: *Con todo eso debe pedir la tenuta y possesion, y ser cõfirmado en ella. Argumento l. 3. §.*
155 *missum ff. de Carboniano edicto*: Pelaez de Mier. de maiorat. 3. p. q. 16. ab initio.

Y para pedir ésta possesion por el tal absente, se requiere q̃ el Procurador tenga Poder original del susodicho, y no traslado, se-
156 cundum Speculat. tit. de procurat. §. 4. Bart. in l. si procurat. ff. de procuratoribus: y hasta aora no se á presentado sino vn traslado sacado sin citaciõ de parte, y sin los requisitos necesarios del Authentico, Si quis in aliquo documento Cod. de edẽdo: Mõte alegre in praxi de exercitat. pract. actionũ. lib. 1. c. 6. n. 22. Demas desto, es necesario que el dicho Poder sea especial para este caso en que se trata sobre la possesion de los bienes del dicho Mayo-
157 razgo por muerte de Dõ Fernãdo Salcedo su vltimo posseedor: vt requiritur in additione hæreditatis, ex traditis per Matien. in l. 7. tit. 11. Gloss. 14. n. 5. quia requiritur declaratio animi, vt in nostris terminis fatetur idem Matien. in l. 8. tit. 7. lib. 5. Recop. Gloss. 1. n. 23. in hæc verba, quæ tanquam substantialia oportet referre. *Pendent* (inquit) *effectus possessionis ab ipsa morte possesoris adquisitæ, donec succesor animum & voluntatem declarauerit; potest siquidi maioratus bona respuere, & nolle adquirere quod raro eveniet; qua in specie in sequentem in gradu continuabitur possessio: & hunc esse autumat verum huius legis intellectum à nemine ita explicatum.*

Y aunque el D. Christobal de Paz lib. 1. de tenuta c. 35. ex n.
158 35. cum sequentibus vellit defendere contra Matien. vbi supra, quod in casu repudiationis maioratus nõ succedet proximus cõsanguineus vltimo possesori defuncto, sed proximus consanguineus ipsius succesoris recusantis sibi quæri, nec trãsferri possesionem ex l. 45. Tauri. Esto no nos toca examinarlo de presente, sino solo admitir la dicha doctrina, de que es necesario que para pedir en Iuizio la dicha possesion de los bienes del dicho Mayorazgo per interdictũ retinendæ el dicho succesor del Mayorazgo, si está absente, y que sea amparado y confirmado en la dicha possesion trãsferida, aviendo otros opositores, que la pretendan tambien por el mismo remedio y ministerio de la ley, aya poder

K

especial

especial suyo para parecer en el dicho Iuizio, declarando su animo, de que tiene aceptada la possesion civilissima, q̃ se le transfirió del dicho Mayorazgo por ministerio de la dicha Ley Real; y q̃ se les à de denegar a los cõtrarios, en quiẽ no se les trãsfirió.

Y se debe observar ésta resolució en nuestro caso con maior recato y restriccion, porq̃ sino se sabe si era vivo el tal Succesor abiente en Indias (por cuya cabeça pretende el dicho Don Gomez) al tiẽpo de la muerte del vltimo Posseedor del dicho Mayorazgo, q̃ fue Don Fernando Salcedo, como se le pudo transferir la dicha possesion al que estõces no vivia? Nullæ enim entis 159
nullæ sunt qualitates. l. 1. ff. de vsufructu legato. Pinel. l. 1. 3. p. n. 6. de bonis mater. De donde resulta, que para poder excluirse el dicho Don Alonso Çarçosa por la dicha Doña Iacoba es preciso y necesario que se hubiese probado liquida y bastantemẽte que vivia la susodicha al tiempo de la muerte del vltimo Posseedor.

Y advirtiendo el dicho Don Gomez Patiño, que por el camino q̃ avia començado este Iuizio possesorio no tenia justicia, tomò otra vereda, que fue articular en su interrogatorio, que la di- 160
cha Doña Iacoba tenia otra hermana mayor, que se dezia Doña Mariana de Narbaez, sobrina del dicho Christobal de Narbaez Salcedo, hija mayor del Capitã Iuan de Salcedo Narbaez, a quiẽ se le avia trãsferido la dicha possesion, y q̃ despues della succedia la dicha Doña Iacoba, y por su muerte sus hijos de la susodicha.

Pero quando (sin perjuizio de la verdad) se pudiese articular lo susodicho (que no pudo por no averlo alegado antes q̃ lo articulàra, y la causa se recibiera a prueba sobre ello, iuxta tradita per Ioãnem Gutier. lib. 1. pract. q. 100. n. 7. qui ex Bal. & alijs tenet: *Quod Iudex non debet recipere probationes, quæ nõ descendant ex libello; & quando libellus & probationes sunt diversi generis, quod oblatio talium probationũ nihil operatur, præcipue attẽta Pragmatica Regia 4. 2. de la orden Iudicial cap. 12. vbi disponitur, quod articuli & probationes fieri debent iuxta tenorem & formam petitionis, seu libelli.* Y lo mismo 161
se colige de la Decision de Bellamera 168. de libelli oblatione, y que tiene nullidad) le obstan al dicho Don Gomez las mismas ecepciones q̃ antes le obstaban a la dicha Doña Iacoba, y mucho mayores; pues en este segundo intento el dicho Don Gomez viene a ser persona estraña respecto de la dicha Doña Mariana, por la qual nõ potest experiri in iudicio sine mandato, cum agat nomine alieno. l. si pupillus §. videamus ff. de negotijs gestis. l. Tutori Cod. eodem titulo. l. 3. §. defendi: vbi Bart. ff. ex quibus caus. in possesione eatur. l. 10. in prin. & l. 19. & 20. tit. 5. part. 3.

l. 2. &

l.2.& 3.tit.2.lib.4.Recop. Mõte alegre l.1.praxi.ciu.c.6.saltēm in prin. Et tale iudicium, simûl & processus agitatus per procu-
162 ratorē sine mandato reditur nullus & illusorius, nec vero domino periudicat. l. Procurator Cod. de procurat. d.l. 10. tit. 5. part. 3. & est communis sententia in cap. 1. de procurat.

Rursus porque no consta de que la dicha Doña Mariana fuesse viva al tiempo que muriò el vltimo Possecdor, y los Testigos que mas se alargan a dezir en sus informaciones solo dizen, que quando ellos estubierō en la Ciudad de Cuenca en las Indias vivia la dicha Doña Mariana, y que no saben si es muerta. Demas de que padecen los defectos y tachas referidas al principio deste Articulo, por los quales no se les debe dar fê, ni crēdito a ellos, ni a las dichas informaciones y probanças.

Demas que por lo mesmo que tiene articulado y confesado
163 el dicho Don Gomez, de q̄ la dicha Doña Iacoba tubo otra hermana mayor, que es la dicha Doña Mariana, quedò excluida totalmente de su pretension.

A que se junta que es sin fundamento querer asentar en la dicha Doña Mariana el derecho de aversele transferido la possesion del dicho Mayorazgo, que no le tiene para discurrir sobre vn supuesto vicioso, pues todo el discurso à de ser ilusorio y falso; como en realidad de verdad lo será suponer que vive la dicha Doña Mariana (que ni consta, ni se prueba tal cosa como queda advertido) para inferir dello que la dicha Doña Iacoba es inmediata succesora en el dicho Mayorazgo, y que asi puede pedir
164 la possesion judicial por ella, o por su hermana: quia suppositum, cum non est, non operatur dispositum: Marcus Anton. Bello. decis. Genuæ. 57. n. 3. Valenc. cons. 18. ex n. 26. Zephal. cons. 90. n. 51. tom. 1. Casannate cons. 36. n. 19. Con que queda asentada la justicia del dicho Don Alonso Çarçosa, y se espera (Deo annuente) que V.m. le â de mandar dar la possesion de los bienes deste Mayorazgo. *hizo esta informacion el D.^or^ Fran.^co^ Cerezo de Esquivel canonigo Doctoral dela Sta Yglesia de Antequera*